

THÈSE DE
PARIS.

1882

N^o. 43.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

DROIT ROMAIN :
CONDITION DE LA FEMME MARIÉE

DROIT FRANÇAIS :
DANS QUELLE MESURE
LA FEMME MARIÉE CONSERVE SA LIBERTÉ D'ACTION
AU POINT DE VUE DU DROIT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le mercredi, 21 juin 1882, à midi.

PAR

M. MARCHAND

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

<i>Président :</i>	M. LABBÉ.	<i>Professeur.</i>
<i>Suffragants :</i>	{ MM. COLMET DE SANTERRE, DESJARDINS, }	<i>Professeurs.</i>
	{ ESMEIN, JOBÉ DUVAL. }	<i>Agrégés.</i>

PARIS
IMPRIMERIE DE CHARLES NOBLET
13, RUE CUJAS, 13

1882

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

DROIT ROMAIN :
CONDITION DE LA FEMME MARIÉE

DROIT FRANÇAIS :
DANS QUELLE MESURE
LA FEMME MARIÉE CONSERVE SA LIBERTÉ D'ACTION
AU POINT DE VUE DU DROIT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le mercredi, 21 juin 1882, à midi.

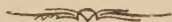
PAR
M. MARCHAND
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

<i>Président :</i>	M. LABBÉ.	<i>Professeur.</i>									
<i>Suffragants ;</i>	<table><tbody><tr><td rowspan="3">{</td><td>MM. COLMET DE SANTERRE,</td><td rowspan="3">{</td><td rowspan="3"><i>Professeurs.</i></td></tr><tr><td>DESJARDINS,</td></tr><tr><td>ESMEIN,</td></tr><tr><td></td><td>JOBBÉ DUVAL.</td><td></td><td><i>Agrégés.</i></td></tr></tbody></table>	{	MM. COLMET DE SANTERRE,	{	<i>Professeurs.</i>	DESJARDINS,	ESMEIN,		JOBBÉ DUVAL.		<i>Agrégés.</i>
{	MM. COLMET DE SANTERRE,		{			<i>Professeurs.</i>					
	DESJARDINS,										
	ESMEIN,										
	JOBBÉ DUVAL.		<i>Agrégés.</i>								

PARIS
IMPRIMERIE DE CHARLES NOBLET
13, RUE CUJAS, 13
—
1882



DROIT ROMAIN



CONDITION DE LA FEMME MARIÉE



CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Comment les Romains ont-ils envisagé le mariage, quels pouvoirs ont-ils reconnus au mari sur la personne de sa femme et sur ses biens, quel rôle ont-ils attribué à celle-ci dans l'administration des affaires domestiques en sa double qualité d'épouse et de mère, tel est dans son ensemble le sujet que je veux essayer de traiter ici.

Je distinguerai, dans cette étude, trois époques très différentes au point de vue des mœurs et des caractères de la législation sur le mariage et sur la femme.

Dans une première période qui commence avec la loi des XII Tables (il est difficile de remonter

à des temps plus reculés, tout document précis faisant alors défaut), et qui s'étend jusque vers la fin de la République, les pouvoirs très étendus accordés au mari trouvent un contrepoids dans l'espèce de culte et de vénération dont la femme est alors l'objet. Le mariage est en fait, sinon en droit, indissoluble. Période de grandeur héroïque, où les mères de famille donnèrent l'exemple des plus grandes vertus !

La seconde période, qui commence avec la fin de la République et se continue sous les empereurs païens, est marquée par une émancipation progressive de la femme vis-à-vis de son mari, et en même temps par une corruption croissante des mœurs. Les divorces se multiplient, et la législation cherche vainement à encourager les unions légitimes et à réprimer l'adultère.

Enfin, dans une dernière période, nous verrons, sous l'influence des idées chrétiennes, une tendance marquée de la législation à l'indissolubilité du mariage, en même temps qu'apparaîtra un principe tout nouveau, principe de réciprocité de droits et de devoirs entre époux.

CHAPITRE PREMIER

CONDITION DE LA FEMME MARIÉE DANS L'ANCIENNE ROME

SECTION PREMIÈRE

Condition de la femme in manu.

Il est difficile de trouver du mariage de plus belles définitions que celles qui nous sont données par les jurisconsultes romains : « *Nuptiæ*, nous dit Modestin, *sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (1). »

Une union de deux vies, une confusion de deux patrimoines, une mise en commun de tous les intérêts temporels et religieux, tels sont en effet les exemples que nous offre la pratique, non point sans doute à l'époque corrompue à laquelle écrivait Modestin, mais au temps glorieux de la Rome antique.

Il est à peine besoin de dire que le peuple qui avait envisagé le mariage à un point de vue si

(1) L. 1 D., XXIII, 2.

élevé, ne connut jamais la polygamie, et si le divorce paraît avoir été admis de tout temps par les lois romaines (1), il convient de remarquer qu'il ne pénétra dans les mœurs qu'au bout de plusieurs siècles (2).

Pour se faire une idée à peu près exacte de la situation créée à la femme par le mariage, dans la période que nous étudions en ce moment, il est indispensable de se placer successivement à deux points de vue différents : d'abord au point de vue du droit, ensuite au point de vue des mœurs.

Au point de vue du droit, la condition de la femme n'était plus du tout la même, suivant qu'elle tombait ou ne tombait pas *in manum mariti*. La *conventio in manum* étant à l'origine la conséquence ordinaire sinon forcée du mariage, il convient, ce me semble, d'examiner tout d'abord cette première alternative.

Qu'est-ce donc que la *manus*? C'est un ensemble de pouvoirs accordés au mari sur la personne et sur les biens de sa femme, absolument

(1) Cpr. Cicéron, *Philipp.*, II, 28. Il paraît bien résulter de ce passage que la loi des XII Tables autorisait le divorce.

(2) Aulu-Gelle, IV, 3, § 2 et XVIII, 21, § 44. Le premier divorce que les textes nous signalent est celui de Spurius Carvilius Ruga, en l'an de Rome 520, selon Valère-Maxime, II, I, 4, et Denys d'Halicarnasse, II, 25.

analogues à ceux qui appartiennent au *paterfamilias* sur les fils de famille soumis à sa puissance. Ceci résulte très certainement, à mon sens, des textes qui nous montrent la femme *in manu* comme étant *loco filiae* (1), et comme sortant de sa famille avec laquelle elle ne conserve plus aucun lien d'agnation, pour entrer dans la famille de son mari, dont elle devient l'*heres sua* en même temps que l'agnate de ses agnats.

Loco filiae vis-à-vis de son mari, elle est à l'égard de ses enfants *loco sororis*, ce qui établit entre eux un droit de succession réciproque.

Suivant M. Gide, la *manus* ne conférerait point du tout au mari les droits attachés à la puissance paternelle, en ce sens du moins qu'elle n'attribuerait par elle-même à celui-ci aucun pouvoir sur la personne de sa femme; elle constituerait bien plutôt une espèce de régime nuptial, une sorte de communauté universelle, dans laquelle la femme viendrait à la mort du mari réclamer la part qui lui revient en qualité d'*heres sua* (2).

M. Gide cite à l'appui de sa thèse deux textes de Gaius. Le premier de ces textes (3) nous signale une controverse qui se serait élevée sur le point de savoir si la femme *in manu* pouvait, comme

(1) Gaius, II, 139 et 159.

(2) *Condit. privée de la femme*, p. 133 et suiv.

(3) Gaius, II, 90.

le fils de famille, acquérir la possession à celui sous la puissance duquel elle se trouvait placée. D'après Gaius, la raison de douter serait que le mari ne possède point sa femme. Or, dire que le mari ne possède point sa femme, n'est-ce pas là donner à entendre que la *manus* ne lui attribue en réalité aucun pouvoir sur la personne de celle-ci ?

Cette manière de raisonner ne me paraît pas concluante. On ne possède pas plus les fils de famille que les femmes *in manu*, car les esclaves seuls peuvent être l'objet d'une possession ; ce qui n'empêche pas le père d'avoir les droits les plus étendus sur le fils soumis à sa puissance.

Et la meilleure preuve qu'il n'est point besoin de posséder un individu pour pouvoir exercer des droits sur sa personne, c'est que Gaius range sur le même pied que la femme *in manu* les hommes libres *in mancipio*, alors cependant que le maître se trouve investi des pouvoirs les plus absolus sur la personne de ces derniers.

Du second texte invoqué par M. Gide, il paraît résulter que le mari ne pouvait point abandonner sa femme *noxaliter*. J'emploie à dessein le mot paraît, car le texte auquel il est fait allusion est tronqué, et le mot *maleficio* sur lequel s'appuie M. Gide est précisément un des mots rétablis.

Voici d'ailleurs l'hypothèse sur laquelle raisonne Gaius (1).

Lorsqu'une femme *sui juris* tombe *in manum*, tous ses biens se trouvent par là même acquis à son mari, mais ses dettes lui demeurent personnelles et le mari n'est point tenu de les acquitter.

Je me permettrai, avant d'aller plus loin, de faire une simple remarque. Si la *manus* n'était, comme le prétend M. Gide, qu'un simple règlement d'intérêts, un pareil résultat serait bien difficile à concevoir, car il est de principe que celui qui prend une universalité de biens se trouve par là même chargé du paiement des dettes. Je vois, pour ma part, dans ce simple fait, une preuve certaine que la *manus* était bien en réalité une véritable puissance, analogue dans l'espèce à l'adrogation : si les dettes de la femme n'incombent point au mari, c'est apparemment en vertu de ce principe que les personnes qui nous sont soumises peuvent bien rendre notre condition meilleure, mais ne peuvent pas la rendre pire (2).

Étant donnée la situation que je viens de décrire, Gaius se demande s'il ne convient pas d'accorder au créancier, que le mari se refuserait à désintéresser, l'action utile imaginée par le préteur Rutilius, et il répond affirmativement. Mais

(1) Gaius, IV, 80 (édit. Lachman).

(2) Cpr. L. 133, D., L, 17.

il étend cette solution non seulement aux obligations *ex contractu*, mais encore aux obligations *ex delicto*, ne réservant point au mari le droit d'abandon noxal qui appartiendrait en pareil cas à l'adrogeant.

Admettons, ce qui est douteux, que Gaius ait bien en réalité tenu le langage qu'on lui prête. Qu'en résulte-t-il? Tout simplement ceci, c'est qu'on cessa de reconnaître au mari le droit de céder sa femme en réparation du dommage qu'elle avait causé. Est-ce à dire qu'à l'origine le mari n'ait pas eu sur sa femme *in manu* les mêmes droits qu'un père de famille sur sa fille en puissance? Je ne le crois pas, et je demeure au contraire convaincu que, pendant un certain temps, il fut investi de tous les pouvoirs résultant de la puissance paternelle.

C'est ainsi notamment qu'il dut lui être permis de vendre sa femme aussi bien que sa fille. Il est vrai que nous ne possédons point à cet égard de textes précis, et il semblerait même résulter d'un passage d'Heineccius que le mari n'eut jamais un véritable droit de vente (1), mais la meilleure preuve que la femme pouvait être l'objet d'une mancipation, c'est que nous la voyons mancipée par le *emptionator*, lorsqu'elle veut

(1) Heineccius, *ad leg. Papiam*.

changer de tuteur ou acquérir la capacité de tester. Sans doute alors la mancipation est toute fictive, mais n'y a-t-il point là l'indice qu'à une époque plus reculée, une vente véritable dut être possible ?

Je reconnais volontiers que ces droits de mancipier la femme, de l'abandonner noxalement, de la donner en adoption, durent disparaître de bonne heure dans une cité où la monogamie était profondément enracinée et où pendant sept siècles on ne vit aucun exemple de divorce, mais leur existence me paraît incontestable. Le changement de famille résultant pour la femme de la *conventio in manum*, les procédés imaginés pour amener ce résultat, tout nous prouve qu'il s'agissait dans l'espèce d'une puissance semblable à celle qui résulte de l'adoption ou de l'adrogation, et non point d'un simple règlement d'intérêts pécuniaires entre époux.

Maître de châtier sa femme et même de la punir de mort, le mari se trouvait investi à son égard des pouvoirs de juridiction les plus étendus.

Valère-Maxime nous cite l'exemple d'un contemporain de Romulus, Egnatius Métellus, qui fit mourir sa femme sous le bâton pour avoir bu du vin (1). Faut-il également reconnaître des droits

(1) Valère-Maxime, II, IX, 2.

analogues au mari, alors que le mariage n'a point été suivi de *conventio in manum*? C'est une question que j'examinerai plus loin. Si l'affirmative est exacte, ainsi que j'essaierai de l'établir, il en résulte qu'à l'époque où les droits de vendre, de donner en adoption, d'abandonner noxalement la femme *in manu*, cessèrent d'être reconnus au mari, le fait de la *conventio in manum* n'augmenta plus sensiblement les pouvoirs de ce dernier sur la personne de sa femme. Mais cette circonstance ne doit pas nous tromper sur le véritable caractère de la *manus*, qui n'est, je le répète, qu'une variété de la puissance paternelle.

Pour avoir une idée complète de la condition de la femme *in manu*, au point de vue du droit, il nous reste à examiner dans quelles opérations juridiques elle pouvait valablement figurer.

Instrument d'acquisition pour son mari comme le fils de famille pour le père, ou l'esclave pour le maître, la femme pouvait très certainement acquérir la propriété à son mari, soit par occupation, soit par tradition, soit en vertu de la loi. Pouvait-elle rendre son mari propriétaire par usucapion? Ceci revient à se demander si elle pouvait lui acquérir la possession. Nous avons vu que la question était controversée. J'ai beaucoup de peine pour ma part à m'expliquer la différence que Gaius nous signale à cet égard entre le fils de famille

et la femme *in manu* (1). Elle ne peut évidemment pas se justifier, comme semble le donner à entendre le texte de Gaius, par cette considération que la femme n'est pas elle-même un objet de possession, car cette observation s'appliquerait aussi bien au fils de famille. Voici l'explication que je serais tenté de donner. S'il fut admis de bonne heure que les fils de famille pourraient acquérir la possession *ex causa peculiari, patri etiam ignoranti*, ce fut surtout, comme nous l'indique Papinien (2), par des considérations d'utilité pratique. La femme mariée, retenue au foyer par ses occupations, ne pouvait pas avoir des occasions d'acquisition bien fréquentes, c'est ce qui explique pourquoi l'on hésitait à lui étendre la même disposition.

Il est certain que la question dut cesser d'être controversée, lorsqu'à la suite d'un rescrit de Sévère et de Carcalla (3), il devint permis d'acquérir la possession *per personam extraneam*, et que toute personne agissant en notre nom qui appréhendait matériellement une chose conformément à notre volonté, put nous en rendre immédiatement possesseur. Il est clair, en effet, que la femme, ne pouvant rien acquérir en propre,

(1) Gaius, II, 89 et 90.

(2) L. 44 § 1 D., XLI, 2.

(3) L. 1 C., VII, 32. Cpr. Gaius, II, 95.

était toujours par la force même des choses censée agir pour le compte de son mari, chez lequel il était d'ailleurs naturel de supposer la volonté d'acquérir.

La femme ne pouvait point figurer comme *ac-cipiens* dans une *cessio in jure*, car ce mode est une simulation de la *legis actio*, et la femme en sa qualité d'*alieni juris* ne peut point jouer le rôle de demandeur dans un procès sérieux. C'est là probablement ce qu'a voulu dire Gaius dans un passage assez obscur : « *In summa sciendum est, iis qui in potestate, manu, mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse ; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet ut nihil suum esse in jure vindicare possint* (1). »

Il semblerait toutefois résulter de ce passage que, si la femme ne peut pas acquérir par *in jure cessio*, c'est par suite de l'impossibilité dans laquelle se trouvent les personnes *alieni juris* de prononcer une formule contenant l'affirmation d'un droit incompatible avec leur condition. Ainsi la femme, ne pouvant rien avoir en propre, ne pourrait figurer dans aucun acte où elle aurait à affirmer un droit de propriété.

Une telle conclusion serait trop absolue. Il n'est point douteux en effet que la femme pût très vala-

(1) Gaius, II, 96.

blement figurer dans une mancipation (1) ou dans une stipulation dans laquelle elle aurait stipulé pour elle-même (2).

Enfin, en ce qui concerne l'*adjudicatio*, il est bien clair qu'elle n'était jamais accessible à la femme, l'adjudicataire devant être au moins propriétaire indivis.

Il est bien certain que la femme n'aurait pu jouer dans aucune opération le rôle d'aliénateur; d'une part, en effet, elle n'a pas de patrimoine, et d'autre part elle ne peut pas disposer des biens de son mari, car ce serait rendre pire la condition de celui-ci (3).

Une question beaucoup plus délicate est de savoir si la femme *in manu* ne pouvait pas du moins s'obliger valablement.

L'affirmative n'est point douteuse en ce qui concerne les obligations *ex delicto*. C'est en effet un principe certain qu'en droit romain, il suffit, pour être responsable de ses délits, d'être capable naturellement, d'être *doli capax*, comme disent les textes (4); aussi voyons-nous l'impubère lorsqu'il a un discernement suffisant (5), et jusqu'à l'esclave lui-même, valablement obligés

(1) Gaius, II, 87.

(2) Cpr. L. 4 pr. et § 3 et L. 15 D., 45, 3.

(3) Cpr. L. 133 D., L. 17.

(4) L. 3 § 1 D., XLVII, 10.

(5) Cpr. L. 111 pr. D., L. 17.

en pareil cas. Il n'y a que les *infantes* et les fous qui ne soient point responsables, car on ne peut leur imputer ni dol, ni faute.

Mais c'est une question fort débattue que de savoir si la femme *in manu* ou la fille de famille (la question est évidemment la même pour toutes deux) ne pouvaient point s'obliger valablement par leurs contrats.

En ce qui concerne les filles de famille, l'affirmative est certaine si l'on se place à une époque où l'incapacité des femmes pubères avait déjà disparu (1); mais à cette époque la *manus* était tombée en désuétude. La question pour nous est donc de savoir si, alors que les femmes *sui juris* étaient soumises à une tutelle perpétuelle, les femmes *in manu* n'étaient point au contraire capables de s'obliger.

Evidemment non, répond M. Accarias (2); si la capacité de s'obliger est refusée à la femme lorsqu'elle se trouve placée à la tête d'une fortune personnelle, on ne comprendrait pas qu'elle fût accordée à la femme *in manu* qui, n'ayant point de patrimoine, n'en a aucun besoin. Selon M. Accarias l'incapacité pour la femme de s'obliger soit par *dictio dotis* (3), soit en recevant un

(1) Cpr. L. 9 § 2, XIV, 6.

(2) II, 505, note.

(3) *Frag. Vat.* § 99.

commodat (1), ne serait qu'un vestige de cette ancienne incapacité générale.

Je pense avec M. Gide (2) que la femme *in manu* a toujours été capable de s'obliger. Si les femmes *sui juris* sont en tutelle perpétuelle, ce n'est point, comme certains textes (3) le donnent à entendre, parce qu'il importe de les protéger contre leur propre faiblesse, *propter fragilitatem, infirmitatem, imbecillitatem sexus*; un passage de Gaius (4) réfute en effet de la façon la plus catégorique toutes ces assertions : « *Feminas vero perfectæ ætatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quæ vulgo creditur quia levitate animi plerumque decipiuntur, et æquum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera;* » et le jurisconsulte ajoute un peu plus loin : « *Eaque omnia ipsorum (lisez tutorum) causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque ære alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat* (5). »

Tenons donc pour certain que si la femme est

(1) L. 3 § 4 D., XIII, 6.

(2) *Condit. privée de la femme*, p. 113 et 115.

(3) Voy. notam. Cicéron, *Pro Murena*, 12; Ulpien, Reg., XI, 1; Isidore de Séville, XI, 8.

(4) Gaius, I, 190.

(5) Gaius, I, 192.

placée en tutelle perpétuelle, c'est pour empêcher qu'elle ne puisse porter ses biens à une famille étrangère au détriment de sa propre famille.

Bien différente est la situation de la femme *in manu*. Elle n'a point de patrimoine, elle ne peut en s'obligeant engager que sa personne, et comme elle n'est point d'ailleurs incapable à raison de son sexe, rien ne fait obstacle à la validité de l'obligation.

Cette solution se trouve confirmée par un texte de Gaius qui nous montre les filles de famille impubères comme étant seules incapables de s'obliger (1).

N'oublions pas que, si la femme *in manu* peut s'obliger valablement, c'est à la condition qu'elle ne contracte point avec son mari. Il est en effet de principe qu'entre le *paterfamilias* et les personnes soumises à sa puissance, nulle action en justice ne saurait être admise : « *Lis nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio* (2). »

Un dernier mot. La femme *in manu* qui n'a rien en propre, peut très bien cependant être placée par son mari à la tête de l'administration

(1) L. 141 § 2 D., XLV, 1. M. Accarias (*loc. cit.*) prétend que ce texte a été remanié et que l'enchaînement des idées exige qu'on lise *pubere* au lieu de *impubere*.

(2) L. 4 D., V, 1.

d'un pécule. Ce genre de pécule est d'ailleurs le seul qu'on puisse lui supposer, les *bona castrensia* ou *quasi-castrensia* étaient en effet par leur nature même l'apanage exclusif des fils de famille, et lorsque les *bona adventitia* furent introduits dans la législation, la *manus* avait depuis longtemps disparu.

SECTION II

Comment s'acquiert la manus et comment elle prend fin.

Nous connaissons maintenant la *manus* envisagée comme puissance maritale, nous en avons étudié les effets, soit au point de vue des pouvoirs qu'elle confère au mari sur la personne de sa femme, soit au point de vue de son influence sur le patrimoine; il nous reste à rechercher comment elle s'acquerrait et comment elle prenait fin.

Entre personnes membres de la cité romaine, et unis entre eux par de justes noces, la *manus* pouvait s'acquérir de trois manières différentes : par la *confarreatio*, par la *coemptio*, par l'*usus*.

On désignait sous le nom de *confarreatio* une cérémonie religieuse, présidée par le grand pontife ou le flamine de Jupiter, en présence de dix témoins représentant peut-être les dix curies de la tribu à laquelle appartenait la femme. Celle-ci

tenait à la main un pain de froment, *farreus panis*, symbole de son association aux *sacra* et à la vie entière de son mari; puis des paroles solennelles étaient prononcées. Tels sont à peu près les seuls détails qui nous soient fournis par les textes (1).

Les enfants issus du mariage ainsi contracté étaient les seuls qui pussent devenir flamines de Jupiter, de Mars ou de Quirinus, ou *reges sacrorum* (2). Il est même assez vraisemblable qu'à une certaine époque tous les sacerdoce furent réservés aux *confarreati*.

C'est une question controversée que de savoir si la *confarreatio* était accessible à d'autres qu'aux patriciens. La négative me paraît probable, tout au moins si l'on se place à une époque suffisamment reculée. Nous savons en effet que les dignités sacerdotales furent celles dont les patriciens gardèrent le plus longtemps le monopole; or, interdire aux plébéiens une cérémonie sans laquelle il était impossible d'arriver aux plus hautes fonctions du sacerdoce, était certainement un excellent moyen d'arriver à ce résultat (3). Il

(1) Voy. Gaius, I, 112; Ulpien, Reg., t. IX; Servius sur Virgile, *Géorg.*, I, v. 31.

(2) Le *rex sacrorum* ou *rex sacrificulus* était un prêtre chargé de faire certains sacrifices publics autrefois accomplis par les rois. Voy. Festus, v° *Sacrificulus rex*.

(3) Cpr. Accarias, I, 120.

me paraît certain toutefois qu'à l'époque où le plébéien Tibérius Coruncanius fut nommé grand pontife, c'est-à-dire vers l'an 500 de la République, la *confarreatio* avait déjà cessé d'être réservée aux patriciens.

Doit-on ranger parmi les effets du mariage par *confarreatio* l'indissolubilité du lien conjugal ? Un passage d'Aulu-Gelle (1) nous apprend que le mariage contracté par le flamine de Jupiter était indissoluble (2), et Denys d'Halicarnasse (3) affirme qu'il en était de même à l'origine de tous les mariages accompagnés de *confarreatio*. Si le fait est exact, il convient de remarquer que cette conséquence de la *confarreatio* ne fut pas de bien longue durée et disparut au plus tard lorsqu'on eut imaginé la *diffarreatio* (4).

Le second mode d'acquisition de la *manus*, la *coemptio*, consistait dans la vente simulée de la femme au mari. Cette vente s'accomplissait au moyen des formes de la mancipation ; mais, à la différence de l'individu *in mancipio*, la femme ne se trouvait pas un instant *in servili causa*. D'après Gaius, il faudrait expliquer ce résultat par une

(1) X, 5, § 23.

(2) Le mariage était, en effet, absolument exigé dans ce sacerdoce, aussi le flamine devenu veuf perdait-il sa fonction. Voy. Festus, v^o *Flamen*.

(3) II, 25.

(4) Consultez Accarias, I, 97 en note et 120 en note.

différence dans les paroles échangées dans les deux cas (1). En quoi consistait cette différence, on ne peut sur ce point se livrer qu'à des conjectures.

On a soutenu que la vente *per coemptionem* était l'œuvre de la femme elle-même; qu'en cela, par conséquent, elle différerait profondément de la mancipation du fils de famille. Cette opinion se fonde sur un passage de Gaius, dans lequel, nous indiquant les formes de la *coemptio*, il ne nous signale parmi les personnes prenant part à l'opération, en dehors des cinq témoins et du *libripens*, que la femme *et is cujus in manum convenit* (2).

J'admets parfaitement cette solution lorsque la femme est *sui juris*; mais j'ai peine à croire que, fille de famille, elle pût encore se vendre elle-même avec le simple consentement du *paterfamilias*. Puisque le mari va acquérir sur la femme les droits qui appartenaient au père, il est tout naturel de supposer que celui-ci intervienne directement pour en opérer la cession.

Faut-il admettre, avec d'autres interprètes, que dans la *coemptio* la femme jouait en réalité un double rôle, et que, après avoir été achetée, elle devenait acquéreur à son tour?

Un passage d'Isidore semblerait justifier cette

(1) Gaius, I, 123.

(2) Gaius, I, 113.

manière de voir : « *Antiquus nuptiarum ritus erat quod se maritus et uxor invicem emebant, ne videretur ancilla uxor* (1). » Mais il faut remarquer que Gaius, bien mieux au courant de l'ancienne coutume romaine, ne nous dit pas un mot de cette acquisition du mari par la femme, qui ne me paraît guère conforme aux idées des anciens Romains.

Peut-être du reste ceux qui veulent nous montrer la femme comme se vendant elle-même, ou comme jouant à son tour le rôle d'acheteur, sont-ils, sans s'en apercevoir, poussés par le désir d'atténuer le caractère humiliant de cette vente solennelle de la femme. Mais il ne faut pas s'y tromper, la *coemptio* n'avait pour celle-ci rien de dégradant ; si la forme nous choque aujourd'hui, elle n'avait en réalité aucune influence fâcheuse sur la situation de la femme, dont le sort n'était point, nous pourrions nous en convaincre bientôt, aussi misérable qu'on se l'imagine tout d'abord.

Le mari pouvait acquérir la *manus* sur sa femme par une année de cohabitation continue, lorsque le mariage avait eu lieu sans *confarreatio*

(1) Cpr. également Boèce, Commentaires sur les *Topiques* de Cicéron, 2. « *Coemptio certis solemnitatibus peragebatur et sese in coemendo sic interrogabant ; vir ita : an sibi materfamilias esse vellet ; illa respondebat velle ; item mulier interrogabat an vir sibi paterfamilias esse vellet ; ille respondebat velle, itaque mulier in viri conveniebat manum... »*

ni *coemptio*. C'était une sorte d'acquisition de la femme par *usucapion*; l'*usus*, c'est le terme consacré, remplaçait alors l'acquisition par vente.

Je serais assez porté à croire que les filles de famille pouvaient seules tomber *in manum mariti* par l'*usus*, et voici pourquoi. Il est certain que la *conventio in manum* figurait au premier rang parmi les actes pour lesquels l'*auctoritas* des tuteurs était toujours requise. Or on comprend très bien que, lors de la *confarreatio* ou de la *coemptio*, le tuteur ait pu venir habiliter la femme en prononçant les mots sacramentels « *auctor; fio* » mais on ne voit pas comment l'intervention du tuteur, donnant son consentement dans les termes que je viens d'indiquer, aurait pu se produire alors que la *manus* ne résultait d'aucun acte positif, mais d'une inaction prolongée de la femme (1). Cette manière de voir se trouve d'ailleurs très nettement confirmée par un passage de Cicéron : « *In manum, inquit, convenerat nunc audio. Sed quaero utrum usu an coemptione : usu non poterat, nihil enim de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate potest deminui* (2). »

Gaius nous apprend qu'un passage de la loi des XII Tables permettait à la femme d'échapper

(1) En ce sens, Accarias, I, 120 note; Demangeat, I, p. 311.

(2) Cic., *Pro Flacco*, 34.

à la *manus* en s'absentant chaque année trois nuits du domicile conjugal (1). En admettant, ce qui est probable, car la grossièreté primitive du procédé dénote un état de civilisation fort peu avancée, que l'acquisition de la *manus* par l'*usus* remonte à la plus haute antiquité, c'est une question controversée que de savoir si l'*usurpatio tri-noctiæ*, dont nous parle Gaius, ne fut point une innovation de la loi des XII Tables, et si en conséquence, antérieurement à cette loi, la femme ne se trouva point forcément, au bout d'une année de mariage, *in manu mariti*.

On pourrait pour l'affirmative alléguer que les termes dont se sert Gaius indiquent bien qu'il s'agit dans l'espèce d'une modification à la législation antérieure : « *Lege Duodecim Tabularum cautum erat...* »

Mais une telle conclusion serait beaucoup trop absolue; tout au moins conviendrait-il de distinguer entre les femmes *sui* et *alieni juris*. En effet, s'il est une institution dont le caractère ancien ne soit pas contestable, c'est assurément la tutelle des agnats destinée à conserver les biens dans les familles. Or je crois avoir démontré que l'*auctoritas* nécessaire à la femme *sui juris* lorsqu'elle vient à tomber *in manum mariti*, s'oppose, à raison

(1) Gaius, I, 111. Cpr. Aulu-Gelle, III, ch. II; Macrobe, *Saturn.*, I, 3.

de la forme même dans laquelle elle doit être donnée, à l'acquisition de la *manus* par une cohabitation prolongée.

J'estime d'ailleurs qu'à toutes les époques il dut exister des mariages sans *manus* (1), et par là je repousse la conjecture de M. Gide, qui enseigne que la *confarreatio* ou la *coemptio*, à raison de leur analogie avec les pratiques de l'antiquité, durent toujours à l'origine accompagner le mariage. La *confarreatio*, particulière à la caste patricienne et sacerdotale, rappelle, dit M. Gide, dans ses moindres détails, le mariage sacré de l'Inde, qui n'était permis qu'aux bramines, et d'un autre côté il est certain que le mariage par vente fut partout en usage chez les anciens peuples (2).

Ces considérations me paraissent insuffisantes à justifier un résultat incompatible en réalité avec la situation faite aux femmes *sui juris*, lesquelles, ne pouvant tomber *in manum mariti sine auctoritate tutorum*, se seraient trouvées souvent dans l'impossibilité de se marier. Il est plus que probable que la *manus* ne fut jamais en grand usage que pour les filles de famille; alors, en effet, la femme non seulement ne dépouillait pas ses agnats, puisqu'elle était sans patrimoine, mais assurait au contraire à ceux-ci une part

(1) En ce sens, Accarias, I, 120.

(2) *Condition privée de la femme*, p. 126.

plus grande dans la succession du chef, à laquelle elle perdait désormais tous ses droits. Loin de s'opposer à la conservation des biens dans les familles, la *manus* favorisait donc en pareil cas ce résultat, et répondait par conséquent à tous égards aux aspirations de la vieille et aristocratique cité (1).

La durée de la *manus* établie *matrimonii causa* était naturellement limitée à la durée du mariage. Elle était en conséquence éteinte de plein droit par la mort ou par la servitude de l'un des époux, et la femme avait dans le divorce un moyen toujours assuré de s'en affranchir. Il est vrai que, dans ce dernier cas, il n'y avait pas extinction de la *manus* de plein droit, mais le mari se trouvait alors dans l'obligation légale de la dissoudre (2). Comment parvenait-il à ce résultat? Si la *manus* avait été établie par *confarreatio*, elle se dissolvait par une cérémonie religieuse appelée *diffarreatio* (3). Si elle avait été acquise par *coemptio* ou par *usus*, le mari devait vraisemblablement recourir au procédé par lequel le père mettait fin à la puissance qu'il avait sur sa fille,

(1) Cpr. Gide, *Condition privée de la femme*, p. 127, *in fine*, et 128.

(2) Gaius, I, 137.

(3) Festus, au mot *Diffarreatio*.

c'est-à-dire à une mancipation suivie d'affranchissement (1).

Le mari n'avait-il pas le moyen de faire cesser la *manus*, *durante matrimonio*, par une émancipation? J'inclinerais à répondre affirmativement, la femme *in manu* étant *loco filix*.

SECTION III

Condition de la femme dans un mariage sans manus.

Les Romains n'ont point envisagé le mariage comme un événement de nature à modifier *par lui-même* la condition juridique de la femme; pour eux le mariage est avant tout un état de fait. Il n'existe point à Rome un état de droit particulier spécial aux femmes mariées.

Lorsque la femme n'est point tombée *in manum mariti*, elle demeure ce qu'elle était avant son mariage, c'est-à-dire, selon les circonstances, *alieni juris* et soumise à la puissance du *paterfamilias*, ou bien *sui juris* et placée sous la tutelle perpétuelle de ses agnats. Dans tous les cas, elle conserve dans sa famille tous ses liens d'agnation et demeure totalement étrangère à la famille de son mari; à tel point que nul lien civil ne l'unit à ses

(1) C'est du moins ce qu'autorise à supposer un texte mutilé de Gaius, I, 137.

propres enfants, et qu'il n'existe entre elle et eux aucun droit de succession réciproque.

Ainsi, chose remarquable, les lois romaines ne font aucune place à la mère : si elle tombe *in manum*, elle est considérée par la loi comme la sœur de ses enfants; dans le cas contraire, elle est pour eux une étrangère. A l'époque où nous nous plaçons, nous ne trouvons nulle part la conception d'une maternité légitime susceptible de produire des conséquences juridiques.

Bien que la situation de la femme mariée sans *manus* demeure dans son ensemble ce qu'elle était auparavant, ce n'est pas à dire cependant que celle-ci ne se trouve point en fait soumise à son nouvel époux. Nul doute, par exemple, qu'elle ne lui doive respect et obéissance. Le mari est maître de fixer son domicile où bon lui semble, et la femme est tenue de l'y accompagner, il a d'ailleurs pour l'y contraindre une action *ad exhibendum* (1). S'il n'a point l'action *furti* (2), c'est que cette action suppose toujours un intérêt pécuniaire, lequel n'existe point ici.

Je crois pour ma part que là ne se bornent point les pouvoirs du mari, et qu'à l'époque où nous nous plaçons, dans le mariage libre aussi bien que dans l'hypothèse d'une *conventio in manum*, il

(1) L. 2 D., XLIII, 30.

(2) Gaius, III, 199.

lui fut toujours permis de juger lui-même et de châtier l'épouse infidèle ou coupable (1). Si le mariage n'altère point la condition de la femme, ceci n'est vrai qu'au point de vue du droit, en réalité une position toute nouvelle lui est faite. Qu'elle tombe ou non *in manum*, il n'en est pas moins vrai qu'admise au foyer de son mari dont elle prend le nom (2), elle lui doit désormais compte de sa conduite. Son honneur intéresse le mari autant que le sien propre; et ceci est tellement vrai qu'on a toujours reconnu à ce dernier le droit de poursuivre, en son nom et comme personnellement outragé, ceux qui auraient injurié sa femme (3). Et dès lors pourquoi donc n'aurait-il pas le même droit de juger et de punir? N'est-il point d'ailleurs conforme aux mœurs des peuples primitifs d'accorder à l'homme les pouvoirs les plus étendus sur la personne de sa femme? Et cette solution ne cadre-t-elle pas très bien avec ce désir des Romains d'éviter le scandale de débats judiciaires sur les affaires domestiques? Qui donc en effet jugera et punira l'épouse coupable lorsqu'elle se trouvera *sui juris*, si ce n'est pas le mari?

(1) En ce sens, Gide, *Condition privée de la femme*, p. 129.

(2) Plutarq, *Quest. Roman.*, 30.

(3) Gaius, III, 221.

Mais voici qui vient singulièrement à l'appui de ma doctrine. Aucun des textes qui font allusion à la juridiction du mari ne distingue suivant que la femme est ou non tombée *in manum* (1). Il y a plus. Tacite (2) nous rapporte qu'un certain Plautius, lieutenant de l'empereur Claude, eut à juger, à son retour de Bretagne, sa femme Pomponia Græcina accusée de participation à des superstitions étrangères, ce qu'il fit selon l'ancienne coutume avec l'assistance des plus proches parents. Or, si l'on remarque que la *manus* était à tel point tombée en désuétude à cette époque, qu'une dizaine d'années plus tard il ne fut pas possible de trouver dans Rome trois patriciens issus *ex confarreatis nuptiis* (3), il devient à peu près évident que ce Plautius dont nous parle Tacite, agissait en vertu de pouvoirs qu'il tenait de sa seule qualité de mari, et nullement d'une conventio *in manum*.

Je n'ajoute plus qu'un mot. Si dans, le mariage libre le mari n'avait point eu de droits sur la personne de sa femme, comment comprendre la réaction qui, sous les empereurs païens, s'éleva contre ses pouvoirs (4)? Elle s'expliquerait à

(1) Cpr. Aulu-Gelle, X, 23; Valère-Maxime, II, IX, 2; Tacite, *Ann.*, XIII, 32.

(2) Tacite, *loc. cit.*

(3) Tacite, IV, 16.

(4) Voy. *infra*. ch. II, sect. 1^{re}.

coup sûr bien difficilement, puisqu'à cette époque la *manus* n'existait plus dans la pratique.

Lorsque la femme est *sui juris*, l'autorité du mari s'exerce sans difficulté. Il n'en est pas de même si l'on suppose la femme *alieni juris* et demeurée soumise à la puissance du père de famille. Nous rencontrons alors deux pouvoirs rivaux, qui peuvent se heurter l'un à l'autre; et c'est là précisément une des principales objections que l'on élève contre notre système; elle ne nous arrêtera pas.

Tout d'abord les textes nous signalent l'existence d'une institution qui devait le plus souvent mettre fin au conflit. Je veux parler de ce tribunal domestique, dont le père ou le mari avait toujours soin de s'entourer avant de prononcer sa sentence. Quelle était exactement la composition de ce conseil, quelles étaient ses attributions? On ne peut se livrer qu'à des conjectures (1); il est bien probable qu'il n'y eut à cet

(1) Les textes se servent d'expressions différentes pour indiquer sa composition; *cognati* (Valère-Maxime, XI, III, 7; Tite-Live, XXXIX, 48), *propinqui* (Suétone, Tibère, 35; Tacite, *Ann.* II, 50); *amici* (Valère-Maxime, II, IX, 2; Aulu-Gelle, XVII, 21); *necessarii* (Valère-Maxime, V, VIII, 3; VI, I, 4); *adfines et amici* (L. 6 D., XXVII, 2).

Le père ou le mari n'étaient point dans l'obligation légale de convoquer ce tribunal de famille, mais en ne le faisant pas, ils s'exposaient au blâme du censeur. Valère-Maxime, II, IV, 2.

égard d'autre réglementation que celle des mœurs et des coutumes. Toujours est-il que le père et le mari, après avoir exposé leurs griefs aux membres de la famille assemblée, devaient le plus ordinairement se conformer à leur avis. Il est bien certain d'ailleurs que dans ce genre de conflits, si l'entente ne finissait pas par s'établir, c'est l'autorité paternelle qui l'emportait toujours, car le père était maître de prononcer le divorce et de reprendre sa fille. « *Cur talem invitum invitam linquere cogis,* » dit une jeune femme en s'adressant à son père.

J'en ai fini avec les pouvoirs accordés au mari sur la personne de sa femme, dans le mariage libre. Comment se trouvaient réglés dans un pareil mariage les intérêts pécuniaires des époux ?

D'après un usage, dont l'origine est fort ancienne, la femme en se mariant apportait généralement au mari une certaine quantité de biens destinés à subvenir aux charges du mariage, formant ce que l'on appelait la dot.

Quels étaient en pareil cas les droits du mari sur les biens apportés par sa femme ? La réponse est simple : le mari devenait irrévocablement propriétaire de la dot, à moins que la femme ou le

L'Etat, sans doute pour éviter un scandale, confiait à ce tribunal l'exécution des peines prononcées contre les femmes par la justice publique. Tite-Live, XXXIX, 18.

constituant n'en eussent stipulé la restitution. J'ajoute que cette stipulation devait être fort rare. En effet, lorsque la femme n'était point tombée *in manum mariti*, aucun droit de succession, nous l'avons dit, n'existait entre elle et ses enfants, et comme elle ne pouvait point tester *sine auctoritate tutorum*, le seul moyen pour elle de leur faire parvenir une partie de sa fortune était d'abandonner à son mari la propriété définitive de ses biens dotaux. Alors, en effet, les enfants se trouvaient appelés à recueillir dans la succession paternelle les biens apportés en dot par leur mère (1).

A l'époque dont nous nous occupons, la dot a donc pour but non seulement de subvenir aux charges du ménage, mais encore d'assurer l'avenir des enfants. Et comme ce dernier but pour être atteint exige que la dot ne soit pas reprise au mari à la dissolution du mariage, il est bien véritablement exact de dire : « *Dotis causa perpetua est* (2). »

Le mari n'acquiert aucun droit sur les biens extra-dotaux de sa femme. Il ne s'ensuit pas cependant qu'elle puisse en disposer à sa guise. Placée sa vie durant sous la tutelle de ses agnats,

(1) M. Labbé, à son cours.

(2) L. 1 D., XXIII, 3.

elle est en effet frappée d'une incapacité perpétuelle.

Cette incapacité n'est point d'ailleurs spéciale à la femme mariée, elle frappe toutes les femmes *sui juris* sans distinction ; je n'ai point à m'en occuper ici.

SECTION IV

Condition de la femme au point de vue des mœurs.

Nous connaissons maintenant la situation faite à la femme par le droit de l'ancienne Rome ; nous avons vu combien cette situation était misérable. Si elle échappait à la puissance paternelle ou à la tutelle de ses agnats, ce n'était que pour tomber *in manum mariti*, c'est-à-dire pour être livrée sans défense au despotisme d'un mari qui acquérait sur elle droit de vie et de mort. On peut dire sans exagération que son incapacité et sa servitude ne finissaient qu'avec sa vie.

Mais si, laissant de côté les documents législatifs parvenus jusqu'à nous, nous recherchons ce qu'était en réalité la femme dans la vie sociale, nous serons étonnés de voir combien elle était au contraire puissante et vénérée. « Ce n'est plus alors, dit M. Gide, dans son admirable ouvrage sur la condition de la femme, l'esclave impuissante et opprimée, c'est la matrone, la

mère de famille, vénérée des esclaves, des clients, respectée de son mari, chérie de tous, maîtresse dans la maison, et en dehors étendant son influence jusqu'au sein des assemblées populaires et des conseils du Sénat (1). » Je voudrais pouvoir citer tout entières les belles pages de notre maître regretté, dont je ne suis ici que le bien indigne interprète.

Les textes s'accordent tous à nous montrer la femme sous ce jour favorable. « *Quem enim Romanorum pudet uxorem ducere in convivium ? aut cujus non mater primum locum tenet cedium ?* » écrivait Cornélius Népos (2), et Plutarque (3) nous montre le consul et les licteurs se rangeant sur le passage de la mère de famille.

C'est ici le moment de nous rappeler la définition de Modestin que j'ai citée en commençant, et dans laquelle le jurisconsulte nous montre le mariage établissant entre les époux une communauté complète de tous les intérêts temporels et religieux. Cette communauté d'intérêts se révèle en effet à chaque instant, dans tous les détails de la vie. C'est ainsi que nous voyons la femme partager le rang social de son mari, offrir, comme le chef de famille lui-même, les sacrifices aux dieux

(1) *Condition privée de la femme*, p. 108.

(2) Præfat.

(3) Romul., 20.

Lares (1); présider aux travaux intérieurs des esclaves, et rivaliser de zèle et d'activité avec son époux pour augmenter les richesses de la famille (2). C'est elle qui a la garde de toutes les choses les plus précieuses, des registres domestiques, de l'argent de la maison (3). N'est-elle point d'ailleurs la maîtresse partout où son mari est maître ? « *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia,* » dit la nouvelle épousée en arrivant au seuil de la maison. C'est à peine si la mort parvient à briser cette association si parfaite : « *Neque patrimonii nostri, quod adhuc fuerat commune separationem facturam; nihil se junctum, nihil separatum te habituram* (4)... »

A un autre point de vue, la situation de la femme n'était point aussi effacée qu'on pourrait le croire tout d'abord.

En droit, il ne pouvait évidemment pas être question pour la mère d'exercer, à un titre quelconque, la puissance paternelle sur ses enfants; la puissance paternelle étant exclusivement réservée aux hommes. Bien plus, nous avons vu le législateur tenir si peu compte de la maternité légitime, que la femme qui n'était point entrée dans la famille de son mari par une *conventio in*

(1) Macrobe, I, XV, 22.

(2) Columelle, XII, pr.

(3) Polybe, VI, 53; Servius, *Ad Æneid.*, I, vers 730.

(4) Inscription de Thuria.

manum, demeurait étrangère à ses enfants auxquels elle n'était point appelée à succéder. Cependant il est certain, des textes nombreux nous l'attestent, qu'en fait, la situation de la mère n'était point du tout ce qu'elle était en droit : la mère était, de la part de ses enfants, l'objet du plus grand respect; elle dirigeait leur éducation tant qu'ils étaient en bas âge, et, parvenus à l'adolescence, ils restaient encore longtemps soumis à sa surveillance et à son autorité (1).

L'influence de la femme ne s'exerçait pas seulement à l'intérieur du foyer domestique; nous voyons à chaque instant les femmes, bien qu'exclues de toute participation aux affaires publiques, jouer un rôle considérable dans l'histoire de l'antique cité.

« Partout, s'écriait le vieux Caton, exagérant une idée vraie, les hommes gouvernent les femmes, et nous, qui gouvernons les hommes, nous sommes gouvernés par nos femmes (2). »

Et maintenant, si nous nous demandons comment la femme, malgré l'assujettissement dans lequel les lois l'avaient maintenue, occupe néanmoins dans la société une position si haute, nous trouvons l'explication de ce remarquable con-

(1) Tacite, *Dialog.*, 26; Pline, *Epist.*, VII, 24; Horace, *Od.*, III, VI, vers 29-32.

(2) Plutarque, *Reg. Apophtheg.*, édit. Didot, III, p. 240.

traste dans la rigidité primitive des mœurs. Si le mari est investi des droits les plus étendus, il n'est point à craindre qu'il fasse mauvais usage de son autorité. Sans doute, il est le maître, la loi ne le frappera pas pour avoir abusé de son pouvoir, mais au-dessus de la loi, il y a l'opinion publique, il y a la crainte d'encourir le blâme du censeur dont la mission est précisément d'empêcher les abus, *qui viros edoceat mulieribus moderari* (1); car, pour les vieux Romains, si soucieux de leur honneur, ce blâme est une flétrissure. Et d'ailleurs la conduite de l'épouse dont les textes s'accordent tous à nous faire l'éloge (2), ne devait-elle pas tout naturellement commander le respect et la vénération? Quoi d'étonnant dès lors à ce que la femme n'ait point eu à souffrir de l'antique rudesse d'une législation où cependant la force était le symbole ordinaire du droit?

(1) Cic., *De Rep.*, IV, 6.

(2) Dans les inscriptions funèbres nous trouvons à chaque instant les épithètes de *lanifica*, *pudica*, *domiseda*. Voy. Orelli, n° 4639. « *Domum servavit, lanam fecit.* » Orelli, n° 4848.

CHAPITRE II

CONDITION DE LA FEMME SOUS LES EMPEREURS PAIENS

SECTION PREMIÈRE

Disparition des pouvoirs du mari sur la personne de sa femme.

J'ai montré, dans le chapitre précédent, quelle fut l'étendue de la puissance maritale pendant les premiers temps de Rome ; sans parler des droits de manciper, d'abandonner noxalement, de donner en adoption les femmes qu'il avait *in manu*, nous avons reconnu au mari, même dans le mariage libre, les pouvoirs de juridiction les plus étendus.

Il est vrai que, dans ce dernier mariage, l'autorité du mari pouvait très bien se heurter contre la volonté paternelle, laquelle finissait toujours par l'emporter, puisque le père était libre de briser l'union conjugale et de reprendre sa fille à l'époux auquel il l'avait donnée. Mais ce droit exorbitant, découlant de la toute-puissance

reconnue par l'ancienne législation à l'autorité paternelle, ne tarda pas à disparaître, et, dès le règne d'Antonin le Pieux, nous voyons le père contraint de respecter le mariage accompli (1).

Est-ce à dire que les empereurs païens cherchèrent à augmenter la puissance du mari? En aucune façon. « Si les lois impériales limitèrent les pouvoirs du père, pour faire place aux droits du mari, elles restreignirent en même temps les droits du mari pour laisser le champ libre à la puissance paternelle, ou surtout à la puissance publique (2). »

Désireux d'éviter le scandale de débats judiciaires, les anciens Romains avaient laissé au mari le soin de juger lui-même l'épouse coupable. Sous Auguste, nous voyons l'adultère de la femme donner naissance à une accusation publique : tout citoyen peut traduire devant les tribunaux criminels la femme soupçonnée d'infidélité. Le mari perd le droit de se faire justice lui-même, et s'il tue sa femme, fût-ce en flagrant délit, il est puni comme meurtrier (3).

Le mari ne conserve même pas son ancien droit de juridiction pour des fautes moins graves. Le divorce, la perte de tout ou partie de la dot,

(1) LL. 1 § 5 et 2 D., XLIII, 30 et 44, C., V, 4.

(2) Gide, *Condition privée de la femme*, p. 451.

(3) Schol., *Ad Horat.*, sat. II, 7, v. 63.

qui étaient autrefois des peines prononcées par le mari après délibération du tribunal de famille, perdent leur caractère privé. Sous Auguste le divorce devient un acte public et doit être constaté par sept citoyens romains (1). Quant à la perte de tout ou partie de la dot, elle ne peut plus être prononcée que par le juge : « *Vir cum divortium fecit mulieri, iudex pro censore est ; imperium quod videtur habet. Si quid perverse tetrequé factum est a muliere, multatur ; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit condemnatur* » (2). »

Mais il y a plus, non seulement le mari perd le droit de juger et de châtier sa femme, il devient lui-même civilement responsable de sa conduite envers elle. Autrefois le mari qui maltraitait sa femme, la répudiait injustement, ne s'exposait qu'au blâme du censeur, c'est-à-dire à une sanction purement morale. Désormais il devra une réparation pécuniaire, et le juge qui réglera les suites du divorce occasionné par la faute du mari (3), allouera à la femme une indemnité calculée sur le montant de la dot.

(1) LL. 9 D., XXIV, 3 et 4 § 1 D., XXVIII, 11.

(2) Aulu-Gelle, X, 23. Cpr. égal. Pline, *Hist. nat.*, XIV, 13 et 14.

(3) Dans le *judicium de moribus*, le juge doit rechercher de quel côté sont les torts. « *Utrius culpa divortium factum.* » Quintilien, VII, IV, 11, 38. Cpr. Cicéron. *Topica*, 4; Ulpien, VI, 13; Plutarque, *Marius*, 38.

Et si nous nous demandons maintenant quelle fut la cause de ce brusque affaissement de la puissance maritale, nous la trouvons, avant tout, dans les changements qui s'introduisirent dans les mœurs.

Avec les mœurs simples et sévères des anciens Romains, il n'y avait que des avantages à laisser à l'autorité du mari la plus grande latitude. Mais, lorsque la corruption et la débauche s'introduisirent dans Rome, à la suite de la conquête, cette autorité fût devenue, si l'on n'y eût pris garde, une insupportable tyrannie. Il était donc nécessaire que l'autorité publique intervînt, et l'on comprend sans peine que le despotisme impérial ne manqua pas l'occasion qui lui était offerte de s'immiscer dans le gouvernement de la famille.

La puissance maritale, ainsi battue en brèche dès la fin de la République, ne trouva même pas dans la *manus* un dernier refuge. Cette institution avait déjà cessé d'être à cette époque un fait ordinaire, et dès les premiers temps de l'empire on peut dire qu'elle n'existait plus guère que de nom. J'ai déjà dit qu'en l'an 776, sous Tibère, on eut peine à trouver dans Rome trois patriciens issus *ex confarreatis nuptiis* (1), parmi lesquels on put choisir un flamine de Jupiter. Pour remédier

(2) Tacite, *Ann.*, IV, 16.

à cet état de choses, un sénatus-consulte vint décider que la femme de ce flamine ne passerait plus en la puissance maritale qu'en ce qui concerne le culte, et qu'à tous autres égards elle conserverait sa situation antérieure. Quelque temps après, un second sénatus-consulte étendit cette décision à tout mariage contracté avec *confarreatio* (1). A partir de ce moment il est probable que l'on ne rencontra plus dans la pratique d'exemples de *conventio in manum* véritable.

Comme puissance sur la personne, il est bien évident que les mêmes raisons qui avaient amené la ruine des pouvoirs du mari dans le mariage libre, devaient également faire disparaître la *manus*. Que si l'on envisage ses conséquences au point de vue pécuniaire, il est aisé de comprendre que, lorsqu'il devint permis, sans outrager la morale publique, de divorcer librement, il se rencontra difficilement des femmes qui consentissent à abandonner irrévocablement au mari leur patrimoine entier, sans pouvoir jamais rien acquérir pour leur propre compte, au risque de se voir un jour délaissées et sans fortune.

La multiplicité des divorces devait donc forcément amener la disparition de la *manus*; nous allons voir l'influence qu'elle exerça sur la dot.

(1) Gaius, 4, 136.

SECTION II

Transformation de la dot.

Lorsque le mariage eut perdu à Rome son caractère d'indissolubilité primitive, l'intérêt de la femme, toujours exposée à une répudiation, s'opposait à ce que les biens par elle apportés à son mari lui demeurassent définitivement acquis : de là, la disparition de la *manus*; de là, aussi, une transformation complète des caractères de la dot.

Les dispositions nouvelles que nous allons rencontrer sont toutes inspirées par la même idée : mettre un frein à la corruption croissante des mœurs en poussant les citoyens au mariage. Il faut que les filles soient dotées, il faut en outre qu'une fois dotée la femme soit assurée de retrouver sa dot, afin de pouvoir, si son premier mariage vient à être dissous, en contracter un second; telle est, en deux mots, la clef de toutes les innovations du droit classique en matière de dot.

Il faut que les filles soient dotées. Dans l'ancienne Rome, la constitution de dot avait été, nous l'avons vu, tout d'abord chose fort rare. Cependant, au fur et à mesure que la *manus* tom-

bait en désuétude, la dot prenait une extension rapide, et ne tardait pas à remplacer une institution surannée; dès l'avènement de l'empire, la substitution était déjà complète.

Ce qui était en usage ne tarda pas à devenir une nécessité légale : désireux d'atteindre à tout prix le but qu'ils s'étaient proposé, les empereurs païens ne craignirent pas d'imposer au père de famille l'obligation de doter ses filles en puissance, portant ainsi un rude coup à la souveraineté de l'autorité paternelle (1). Quant aux femmes *sui juris* qui désiraient se constituer une dot, elles purent contraindre leurs tuteurs à les y autoriser (2); et l'on vit parfois jusqu'à l'Etat doter de ses deniers des filles indigentes (3).

Une fois dotée, il faut que la femme soit assurée de retrouver sa dot. De là quantité de dispositions législatives, que l'on peut, ce me semble, grouper de la manière suivante :

1° Mesures destinées à permettre à la femme de poursuivre le remboursement de sa dot;

2° Mesures destinées à prévenir la dissipation de la dot de la part du mari pendant le mariage;

(1) L. 49 D., XXIII, 2.

(2) L. 12 § 3 D., XVI, 7.

(3) Gide, *Condition privée de la femme*, p. 160.

3^o Mesures destinées à protéger la dot contre la femme elle-même.

I. — Autrefois, lorsque la femme ou le constituant n'avaient point stipulé la restitution de la dot, elle demeurait définitivement acquise au mari. Peu à peu l'usage s'introduisit pour la femme d'en stipuler la restitution pour le cas de divorce ou de prédécès du mari; et bientôt la coutume venant suppléer à l'imprévoyance des parties qui auraient négligé de faire cette stipulation, une action dite *rei uxoriæ* fut accordée à la femme de plein droit, à la dissolution du mariage (1).

Si le mariage venait à se dissoudre par le prédécès de la femme, le mari continuait de gagner la dot comme par le passé, le but unique de l'action *rei uxoriæ* étant de permettre à la femme de se remarier (2).

Remarquons toutefois que, même dans cette hypothèse, la dot ne demeurait au mari qu'à deux conditions : 1^o que la restitution n'en eût point été stipulée; 2^o qu'elle n'eût point été constituée par un ascendant paternel (*dos profectitia*) : ce dernier, en effet, était admis à réclamer

(1) Ulpien, VI, 6.

(2) Ulpien, VI, 4 et 5.

les biens qu'il avait constitués à sa fille : « *Ne filiae amissæ et pecuniæ damnum sentiret* (1). »

Du moment que la dot doit être restituée à la femme à la dissolution du mariage, sa destination ne peut plus être, comme par le passé, de subvenir aux dépenses du ménage, et d'assurer l'avenir des enfants; ce second but, pour être complètement atteint, exige en effet que la dot soit pour toujours acquise au mari. Il ne faut rien exagérer cependant, et les enfants n'eurent point autant à souffrir qu'on pourrait le supposer de la législation nouvelle.

Le plus grand préjudice résultant pour eux de la restitution de la dot était la perte de la chance qui leur était jadis offerte de recueillir dans la succession paternelle une partie de la fortune de leur mère, fortune à laquelle ils n'avaient plus dès lors aucun moyen de parvenir. Le sénatus-consulte Orphitien, en les appelant à l'hérédité maternelle, fit disparaître cet inconvénient (2).

A un autre point de vue, il était à craindre que le mari, par suite du retrait de la dot, ne se trouvât dans une situation trop précaire pour pouvoir faire face aux dépenses d'entretien et d'éducation des enfants. Aussi, lorsque s'intro-

(1) L. 6 D., XXIII, 3.

(2) Voy. *infra*.

duisit l'usage de stipuler la reprise, la femme déclarait-elle communément qu'elle s'en rapporterait, quant à l'étendue des restitutions à faire, à l'arbitrage d'un homme de bien; et l'action *rei uxoriæ*, organisée d'après ce qui se passait habituellement dans la pratique, laissait à cet égard au juge une latitude à peu près discrétionnaire, *uti æquius melius*. Plus tard, la jurisprudence s'étant fixée, les causes qui autoriseraient le mari à garder une partie de la dot furent déterminées *à priori*, et nous voyons figurer en première ligne la *retentio propter liberos* (1).

Il n'entre point dans mon sujet d'insister autrement sur l'étendue des restitutions imposées au mari; il y a là une foule de détails auxquels une étude d'ensemble sur la condition de la femme n'a rien à gagner. Il est cependant une autre cause de *retentio* qu'il convient de signaler ici, je veux parler de la *retentio propter mores* (2). Toujours poussés par le désir de moraliser des sujets corrompus, les empereurs païens avaient cru trouver un excellent moyen de parvenir à leur but, en infligeant à la femme coupable d'inconduite la perte d'une partie de sa dot. Nous avons vu que, de son côté, le mari se trouvait frappé pécuniairement lorsqu'il avait occasionné le divorce.

(1) Ulpien, VI, 8 et suiv.

(2) Ulpien, VI, §§ 9 et 12.

La restitution de la dot ayant pour but exclusif de faciliter à la femme veuve ou divorcée un second mariage, cette restitution aura toujours lieu, quels qu'aient été les changements éprouvés par la femme dans sa condition civile (1); et, fût-elle devenue incapable de posséder aucun bien, sa dot lui resterait encore comme une sorte de propriété naturelle (2). Ceci est tellement vrai, que nous voyons la femme soumise à la puissance paternelle exercer concurremment avec son père l'action *rei uxoriæ* et, alors cependant qu'elle ne peut avoir aucun droit personnel, les textes n'hésitent pas à nous la montrer comme copropriétaire des biens dotaux (3). Une fois reprise, la dot demeurerait, autant et plus qu'un pécule, séparée et indépendante du patrimoine paternel; à la succession du père, la fille prélevait sa dot en la précomptant sur sa part (4), et si, avant cette époque, elle venait à se remarier, elle avait toujours le droit d'exiger qu'elle lui fût reconstituée (5).

(1) LL. 8 et 9 D., IV, 5. Les changements d'état éprouvés par le mari ne mettent aucunement fin à l'obligation de restitution, elle passe notamment à l'adoptant au cas d'adoption. L. 45, D., I, 7.

(2) Gide, *Condition privée de la femme*, p. 161.

(3) LL. 2 § 1 et 3, D., XXIV, 3.

(4) Cpr. L. 31 § 2 D., XXIV, 3.

(5) La Nouvelle 97, c. 5, n'a fait que régler l'application des anciens principes.

Pour assurer à la femme la restitution de sa dot, il ne suffisait point de lui donner une action contre son mari, il fallait encore la garantir contre l'insolvabilité de ce dernier.

On aurait pu très simplement et très efficacement parvenir à ce résultat, en proclamant la femme, non point seulement créancière, mais propriétaire de sa dot. Or, c'est un point sur lequel on ne saurait trop insister, jamais en droit classique la femme n'a été considérée comme propriétaire de sa dot; le mari est toujours demeuré comme dans l'ancien droit, *dominus dotis*. Les textes ne laissent aucun doute à cet égard; je n'en citerai qu'un, le plus décisif à mon sens, tiré des Commentaires de Gaius, II. « *Accidit aliquando ut qui dominus sit alienandæ rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit. Nam dotale prædium maritus, invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum* (1). »

La garantie imaginée par le droit classique est un *privilegium inter personales actiones*, lequel donnait à la femme un droit de préférence sur tous les créanciers chirographaires, tout en la lais-

(1) Gaius, II, §§ 62 et 63. Dans le sens de cette opinion : Pellat, *Textes sur la dot*, p. 247; Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 4 et suiv.

sant primer par les créanciers hypothécaires.

L'action *rei uxoriæ* n'était point la seule qui fût accom«agnée d'un privilège :

« *Privilegia æstimantur non ex tempore sed ex causa,* » et comme le privilège de la femme repose sur un motif d'ordre et d'intérêt public, « *interest reipublicæ mulieres salvas dotes habere,* » il semble qu'il dût, en général, passer le premier. Il est pourtant certaines créances qui passaient avant celles de la femme. Ainsi, les frais des funérailles (1), les frais d'inventaire et ceux de la vente des biens du défunt (2) étaient payés les premiers. Cujas pense qu'on doit encore préférer, à la créance dotale, celle d'un individu qui a déposé de l'argent chez un banquier, si *nummi extent*, parce que cet individu *fidem publicam secutus est* (3). Il paraît certain qu'au temps d'Auguste, la femme était préférée au fisc. Ceci résulte, en effet, d'un édit du préfet d'Egypte, rendu sous le règne de l'empereur Galba, l'an 68 de l'ère chrétienne (4). Plus tard, la fiscalité impériale ayant fait des progrès, cet ordre se trouva vraisemblablement interverti (5). Selon Cujas, en cas de concours

(1) L. 45 D., XI, 7.

(2) LL. 8 D., XVI, 3 et 72 D., XXXV, 2.

(3) L. 7 § 2 D., XVI, 3.

(4) M. Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 84, cite le passage de cet édit qui autorise cette supposition.

(5) Cpr. Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 86.

entre le privilège de la femme et celui du fisc, celui-là l'emportait qui était antérieur en date (1).

Attaché à la personne de la femme, le privilège ne peut être exercé que par elle; il ne passe ni à ses héritiers ni à ses ayants cause à titre particulier, cessionnaires en vertu d'une *procuratio in rem suam* de sa créance en restitution (2).

Un privilège a-t-il toujours accompagné l'action *rei uxoriæ*, c'est un point sur lequel il est difficile de se prononcer. Les textes qui y font allusion sont en effet fort rares au Digeste (3).

II. — Mais ce n'était point encore assez de donner à la femme une action privilégiée pour obtenir la restitution de sa dot. Si le mari, pendant la durée du mariage, a dissipé les biens dotaux, et s'il ne possède plus lui-même en dehors aucun bien, action et privilège ne serviront à rien. Pour que la femme soit véritablement assurée de recevoir sa dot, il faut l'immobiliser entre les mains du mari, de telle sorte qu'à la dissolution du mariage il se trouve toujours des biens sur lesquels le privilège de la femme puisse s'exercer (4). De là la célèbre loi Julia *De fundo*

(1) *Recit. solemn., ad lib.* 5, Code, tit. 12.

(2) LL. 68 et 196 D., L. 17.

(3) Voy. L. 74 D., XXIII, 3.

(4) Cpr. Labbé à son cours.

dotali, interdisant au mari l'aliénation de l'immeuble dotal (1).

Cette prohibition ne s'appliquait pas seulement à la pleine propriété, elle s'étendait encore à tous ses démembrements. Ainsi le mari ne pouvait point valablement consentir une servitude sur le fonds dotal, ou disposer d'un droit de servitude existant au profit de ce fonds (2). Nul doute également que l'immeuble sur lequel le mari n'aurait eu que l'*in bonis* se trouvât également frappé d'inaliénabilité. En effet, la circonstance qu'au lieu d'avoir été mancipé ou cédé *in jure*, le fonds dotal ait fait simplement l'objet d'une tradition, ne peut point lui enlever son caractère d'inaliénabilité; il ne faut pas qu'une entente entre le mari et le constituant permette d'éluder la loi.

Le mari qui a reçu de bonne foi, *dotis causa*, un fonds qui n'appartenait pas au constituant, pourrait-il transférer à un tiers sa possession de manière à le mettre *in causa usucapiendi*? Ce point n'est pas résolu par les textes, mais la négative me paraît s'imposer. On peut, d'ailleurs, tirer un argument par analogie d'un passage d'Ulpien, relatif aux immeubles ruraux et suburbains du pupille dont l'aliénation fut interdite au tuteur

(1) L. 6 D., 23, 5.

(2) L. 5 D., 23, 5.

par un décret des empereurs Septime-Sévère et Caracalla. Ulpien nous dit en effet qu'à son avis, la prohibition doit être étendue à l'immeuble possédé de bonne foi par le pupille (1).

Je n'ai pas besoin de dire que l'immeuble dotal cessait d'être inaliénable lorsqu'il avait été remis au mari avec estimation ; tout le monde, en effet, connaît la règle : *Æstimatio venditionem facit* (2). Le mari, en pareil cas, ne doit plus à la dissolution du mariage la restitution de l'immeuble, il est simplement alors débiteur du prix d'estimation.

Les fonds italiques sont les seuls qui soient frappés d'inaliénabilité par la loi Julia ; c'est là, du moins, ce qui finit par être admis après une controverse qui durait encore au temps de Gaius (3). Justinien commet certainement une erreur, lorsqu'il nous donne la question comme ayant été formellement résolue dans ce sens par la loi Julia (4).

La prohibition d'aliéner l'immeuble dotal n'est point limitée à l'exacte durée du mariage ; elle commence à partir de l'instant où la dot est remise au mari, et cesse quand arrive le jour de la restitution.

(1) L. 5 § 2, D. 27, 9.

(2) Cpr. L. 10 § 5 *in fine* D., XXIII, 3.

(3) Gaius, II, § 66.

(4) Inst. pr. II, 8.

L'immeuble dotal est-il, pendant cette période, absolument immobilisé entre les mains du mari, ne peut-il jamais passer en d'autres mains ? A cet égard, il convient de remarquer que les aliénations volontaires sont les seules qui soient prohibées par la loi ; les aliénations nécessaires demeurent toujours possibles (1). Ainsi, supposons que le mari ait reçu à titre de dot la copropriété d'un immeuble. Il ne pourra pas, sans doute, provoquer le partage, mais rien n'empêchera son copropriétaire de réclamer la cessation de l'indivision, et le juge statuera très valablement, sans se préoccuper de l'inaliénabilité du fonds (2). De même, lorsque le mari, propriétaire d'un bâtiment dotal menaçant ruine, se refusera à donner au voisin la *cautio damni infecti*, celui-ci, envoyé en possession par décret du magistrat, usucapera sans difficulté, car telle est son unique ressource et c'est malgré lui qu'il en use (3). Enfin, il faut encore admettre que, si le mari revendique le fonds dotal contre un tiers possesseur, et que celui-ci, plutôt que de restituer sur

(1) La preuve qu'il en est bien ainsi, c'est que l'aliénation cesse d'être prohibée lorsque la femme donne son consentement. Or, on ne conçoit pas l'utilité de ce consentement, ce qui suppose évidemment qu'il s'agit d'une aliénation œuvre de la volonté des parties. M. Labbé à son cours.

(2) L. 2 C., V, 23.

(3) L. 1 pr. D., XXIII, 5.

l'ordre du juge, se laisse condamner à la *litis æstimatio*, il y aura aliénation à son profit (1).

Dans le même ordre d'idées, il convient de remarquer que l'inaliénabilité du fonds dotal ne met pas obstacle à ce qu'il soit transmis aux successeurs *per universitatem*. Mais, en pareil cas, il demeure entre leurs mains, inaliénable comme par le passé; *transit cum suo onere*, nous disent les textes.

Nous appliquerons sans difficulté cette solution au cas où, le mari venant à mourir, ses biens sont transmis à ses héritiers (2). Nous l'appliquerons également lorsque le mari se donne en adrogation (3), devient esclave *jure civili* (4), est condamné à la déportation (5). Dans cette dernière hypothèse, il est assez remarquable que le fisc, « *qui semper solvendo censetur*, » se trouve ici, comme tout autre successeur à titre universel, soumis à la règle de l'inaliénabilité.

On peut encore ajouter, aux exemples que je viens de citer, le cas où le mari viendrait à contracter une *societas totorum bonorum*; à l'instant même du contrat, le mari perdrait sur l'immeuble

(1) Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 120; arg. L. 3 § 2 D., XXVII, 9.

(2) L. 1 § 1 D., XXIII, 5.

(3) L. 8 D., IV, 5.

(4) L. 2 pr., XXIII, 5.

(5) L. 2 § 1, XXIII, 5.

dotal son droit absolu de propriété, et ne conserverait qu'une part *indivise* (1). Mais l'immeuble n'en resterait pas moins inaliénable pour le tout, et le jour où le mariage viendrait à se dissoudre, la femme aurait le droit d'en exiger la restitution complète.

Lorsque le mari vient à tomber en déconfiture, ses biens, comme ceux de tout débiteur insolvable, sont vendus en masse par la voie des enchères, et l'acquéreur est un véritable successeur *per universitatem*. Est-ce à dire que l'immeuble dotal demeurera frappé d'inaliénabilité entre ses mains. Evidemment non. Voici comment les choses se passeront : la femme, qu'il serait injuste d'obliger à attendre la dissolution du mariage, alors que les autres créanciers se partageraient le prix versé par le *bonorum emptor*, pourra dès à présent réclamer la restitution de sa dot (2), et exercer en conséquence son *privilegium* sur ce prix. Mais là se bornent ses droits. Elle ne pourrait donc point, à mon sens, exiger la distraction de l'immeuble dotal, car la revendication de la dot est une innovation de Justinien (3). Si elle n'a point été intégralement remboursée, elle doit

(1) LL. 1 §§ 1 et 2 D., XVII, 2.

(2) Cpr. L. 21, D., XL, 1, arg. des mots : « *Ut constante matrimonio deberi dos intelligatur.* »

(3) Voy. ce que j'ai dit *suprà*.

se contenter du dividende qui lui a été attribué en sa qualité de créancière privilégiée, et l'*obligatio dotalis* étant désormais éteinte, l'inaliénabilité, qui n'est qu'un moyen d'en assurer le paiement, doit également disparaître (1).

Toute aliénation prohibée est frappée par la loi d'une nullité radicale; une action en revendication est donc ouverte contre l'acheteur. Ouverte à qui? Au mari apparemment, puisque c'est lui qui est propriétaire. Mais pourra-t-il dès à présent introduire son action et ne devra-t-il point attendre la dissolution du mariage? Sur ce point, il est permis d'hésiter quelque peu. L'inaliénabilité du fonds dotal a exclusivement pour objet d'assurer à la femme le recouvrement de sa dot afin de lui faciliter un second mariage; la nullité de l'aliénation n'est donc pas dès à présent chose certaine, et la vente sera parfaitement valable, si le mariage actuel vient à se dissoudre par le prédécès de la femme (2). Pour le moment il est impossible d'affirmer quel sera le sort de l'opération.

Je crois néanmoins que, dans le doute, l'aliéna-

(1) En ce sens, Demangeat, *Conditions du fonds dotal*, p. 145 *in fine*, 146 et 158.

(2) L. 17 D., XXIII, V. A mon sens, il en serait encore ainsi, lors même que la dot, ayant été constituée par un ascendant, devrait être restituée. En ce sens, Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 201.

tion devra jusqu'à nouvel ordre être traitée comme nulle, et en conséquence l'action en revendication sera immédiatement ouverte, sauf au tiers acquéreur à faire ultérieurement valoir ses droits, s'il y a lieu, et à revendiquer à son tour (1). Que si au moment de la restitution le mari n'a point exercé la revendication, et que le fonds se trouve encore entre les mains de l'acquéreur, le mari sera tenu de retransférer à la femme la propriété du fonds, ou de lui céder son action en revendication, et faute par lui de le faire, la femme sera autorisée à revendiquer comme si la cession à laquelle elle a droit lui avait été réellement faite (2).

Ainsi s'expliquent très naturellement les textes qui nous montrent la femme poursuivant elle-même le tiers acquéreur; textes desquels certains auteurs ont argumenté pour soutenir que l'action en nullité appartenait exclusivement à la femme et non point au mari (3). Je sais bien qu'il peut paraître singulier de permettre au mari, et au mari seul, de se prévaloir d'une disposition

(1) En ce sens, Accarias, I, 314. Cpr. L. 3 § 1 D., XXIII. 5, arg. des mots : « *Non potest alienari fundus.* »

(2) En ce sens, Demangeat, *Conditions du fonds dotal*, p. 385; Accarias, I, 314.

(3) Notamment, M. Bachofen, dont le système est exposé et réfuté par M. Demangeat, *Conditions du fonds dotal*, p. 379 et suiv.

qui a été écrite contre lui, mais il serait encore bien autrement étrange d'accorder à qui n'est pas propriétaire une action en revendication; car, on ne soutiendra pas, je pense, que l'aliénation faite par le mari ait pu produire ce résultat merveilleux de le dépouiller, au profit de sa femme, de son droit de propriété ! J'ajoute que la loi 17 *De fundo dotali* (1), en refusant au mari le droit de déposséder l'acquéreur, dans l'hypothèse où la dot lui demeure définitivement acquise, nous donne très clairement à entendre qu'en toute autre circonstance ce droit lui appartiendrait.

Le fonds dotal frappé d'inaliénabilité pouvait encore moins être hypothéqué. C'est un point que j'examinerai tout à l'heure.

Souffrir qu'un tiers usucape, c'est en réalité aliéner. Les jurisconsultes romains l'avaient bien compris : « *vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi* » (2), » et en conséquence l'immeuble dotal avait été déclaré imprescriptible (3).

L'imprescriptibilité commence sitôt que le mari a reçu la dot et dure jusqu'à l'époque de la restitution.

Au reste l'usucapion commencée avant la pre-

(1) D. XXIII, 5.

(2) L. 28 D., L., 16.

(3) L. 16 D., XXIII, 5.

mière de ces deux dates n'est nullement interrompue par la constitution de dot (1). Faut-il voir là une conséquence de ce principe que l'inaliénabilité cesse à l'égard des aliénations *quæ vetustiore causam et originem juris habent necessariam*, selon l'expression de Papinien (2). Ne convient-il pas au contraire d'expliquer ce résultat, par cette considération que l'usucapion n'est pas interrompue par la mauvaise foi du possesseur, ni même par la revendication exercée contre lui (3)? Je crois tout simplement que, si l'usucapion est possible dans l'espèce, c'est parce qu'il n'est pas à craindre qu'elle dissimule une aliénation prohibée (4).

Il est à remarquer que l'impossibilité d'usucaper l'immeuble dotal ne change en rien la situation des tiers qui ont traité avec le mari, car ils n'ont point de *justa causa* ; pour que la règle ait une utilité pratique, il faut supposer l'immeuble entre les mains d'un sous-acquéreur de bonne foi (5).

Le mari, étant propriétaire, peut seul interrompre l'usucapion ; il est à cet égard responsable envers sa femme. Toutefois le mari n'encourrait

(1) *Ibidem*.

(2) L. 43 D., 40, 12.

(3) C'est l'opinion de Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 363.

(4) M. Labbé à son cours.

(5) M. Labbé à son cours.

aucune responsabilité, s'il ne restait plus, au moment où il a reçu la dot, qu'un temps très court pour l'accomplissement de l'usucapion (1).

III. — Ce n'était point encore assez de protéger la dot contre les dissipations du mari, il fallait retirer à la femme les moyens d'en compromettre par avance la restitution.

C'est ainsi que nous voyons tout d'abord les textes prononcer la nullité de tous les pactes par lesquels la femme consentirait à restreindre ses droits dotaux, comme contraires à l'ordre public : « *Ex pactis conventis quæ ante nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent..... alia ad jus pertinent; veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur* (2). »

En particulier la femme ne pouvait point renoncer par anticipation à son privilège ; car l'Etat est intéressé à ce qu'au jour où l'action *rei uxoriæ* sera ouverte, la garantie qui y était attachée soit conservée. Bien entendu, une fois le mariage dissous, rien ne s'opposait plus à cette renonciation de la part de la femme ; celle-ci est en

(1) L. 16 D., XXIII, 5.

(2) L. 12 § 1 D., XXIII, 4. Cpr. égal. LL. 14 et 19 D. *eod. tit.*

effet maîtresse de dissiper les valeurs dotales qu'elle reçoit.

De même la femme ne pouvait point libérer son mari en acceptant la restitution de sa dot pendant le mariage. M. Pellat (1) estime que cette disposition remonte aux *leges* d'Auguste; un texte d'Ulpien nous la signale en effet comme ayant été introduite *legibus* (2).

Dans cet ensemble de dispositions, il convient encore de mentionner l'interdiction des donations entre époux qui remonte à la fin de la République; la femme ne pourra donc point faire à son mari, *donationis causa*, valable remise de son obligation de restitution. Plus tard, il est vrai, un sénatus-consulte, rendu sous Septime-Sévère et Caracalla, *valida*, comme donations à cause de mort, les libéralités entre époux, lorsque le donateur persistait, sa vie durant, dans son intention libérale. Mais il est bien clair que cette innovation ne pouvait compromettre en rien le sort de la restitution faite à la femme elle-même.

Des édits d'Auguste et de Claude interdirent à la femme de cautionner son mari (3); c'était là, en effet, une opération dangereuse entre toutes et à laquelle il était à craindre qu'elle ne se

(1) *Textes sur la dot*, p. 346.

(2) L. 27 § 1 D., XI, 7.

(3) L. 2 pr. D., XVI, 1.

laissât trop facilement entraîner. Bientôt le sénatus-consulte Velléen (1) vint défendre à toute femme mariée ou non d'intercéder pour autrui. Ce sénatus-consulte fut-il, comme les édits dont il généralisa les dispositions, inspiré par une idée de protection, ne fut-il pas plutôt conçu dans un esprit politique et hostile aux femmes? c'est une question que j'examinerai tout à l'heure; toujours est-il qu'en fait il contribua très efficacement à la conservation de la dot. J'ajoute que le premier point de vue paraît bien avoir été celui de la jurisprudence. « *Postea factum est senatus - consultum quo plenissime feminis omnibus subventum est,...* » nous dit le jurisconsulte Ulpien (2).

Est-ce à cette interprétation des Prudents qu'il faut attribuer la défense faite au mari d'hypothéquer l'immeuble dotal, même avec le consentement de sa femme? C'est l'opinion assez généralement admise par les interprètes. Il est

(1) Rendu très vraisemblablement sous Claude, en l'an 46. Il est probable que les consuls Junius Silanus et Velleius Rufus, désignés à cette date par les fastes consulaires, ne sont autres que les deux consuls Junius Silanus et Velleius Tutor, dont nous parle Ulpien. Quoi qu'il en soit, il est certain que ce sénatus-consulte n'est pas postérieur au règne de Vespasien, car il était déjà connu de Gaius Cassius, L. 16 § 1 D., XVI, 1, qui mourut sous ce règne. L. 2 § 47 D., I, 2.

(2) L. 2 pr. D., XVI, 1.

vrai que Justinien (1) attribue formellement cette disposition à la loi Julia, laquelle aurait contenu une double prohibition : prohibition d'aliéner l'immeuble dotal sans le consentement de la femme, d'une part, prohibition de l'hypothéquer même avec son consentement, d'autre part. Mais il y a là, dit-on, une erreur manifeste, par la raison très simple qu'à l'époque où fut rendue la loi Julia l'hypothèque n'était point encore connue en Italie. Le débiteur qui voulait donner à son créancier une sûreté réelle devait lui transférer la propriété même de la chose, sauf au créancier à prendre l'engagement, par un contrat dit de fiducie, de retransférer la propriété une fois qu'il aurait été désintéressé (2). Quant à la loi 4 *De fundo dotali* (3), dans laquelle Gaius nous montre le mari comme ne pouvant ni *alienare*, ni *obligare fundum*, il est facile de démontrer qu'elle renferme une interpolation. En effet, le même Gaius, dans un texte dont l'authenticité n'est point suspecte (4), ne nous parle plus que de l'aliénation, et Paul, dans ses Sentences, garde le même silence relativement à l'hypothèque (5).

(1) Inst. pr. II, 8.

(2) Cette manière de procurer au créancier une sûreté réelle était encore usitée au temps de Gaius, II, 59, 60, 220, et de Paul, Sent., II, tit. XIII, §§ 1-7.

(3) D., XXIII, 5.

(4) Gaius, II, 12.

(5) Paul, Sent., II, tit. XXI, B. § 2.

J'estime, pour ma part, que la loi Julia ne devait en effet viser que l'aliénation du fonds dotal, et je ne crois pas qu'il faille s'arrêter à l'opinion de M. Bachofen (1), d'après laquelle cette loi aurait bien en réalité contenu un chef relatif à l'*obligatio fundi*, visant ainsi l'hypothèse où les biens du mari fermier de l'impôt auraient été affectés, comme cela avait déjà lieu sous la République, d'un droit réel au profit de l'Etat. En effet cette affectation ayant lieu de plein droit, on ne conçoit guère comment la loi Julia aurait pu dire, ainsi que le prétend Justinien : défense est faite au mari d'aliéner le fonds dotal *invita uxore*, et de l'affecter à l'Etat *etiam volente uxore*.

Est-ce à dire que la défense d'hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme, ait été une conséquence tirée par la jurisprudence du sénatus-consulte Velléien ? La femme est incapable de consentir une hypothèque sur ses biens paraphernaux, aurait-on dit, donc elle ne doit pas pouvoir autoriser son mari à hypothéquer l'immeuble dotal ; car, si elle n'est pas propriétaire de sa dot, tout au moins a-t-elle pour la recouvrer toutes les garanties désirables (2).

(1) Voy. Demangeat, *Condition du fonds dotal*, p. 212 *in fine* et 213.

(2) Voy. notam. en ce sens : Demangeat, *Condition du fonds dotal*, p. 209 et suiv. ; Accarias, I, 314.

Je ne suivrai pas cette opinion. Je remarque tout d'abord que, si ce point de vue avait été celui des jurisconsultes romains, ils n'eussent pas seulement, avec leur logique accoutumée, interdit l'hypothèque du fonds dotal, mais de tous les biens dotaux en général, car ce n'est pas seulement ses immeubles paraphernaux, mais tous ses biens personnels que la femme est incapable d'affecter à la dette d'autrui. Le fait que, seul, l'immeuble dotal ne peut être grevé d'hypothèque, nous indique clairement qu'il s'agit dans l'espèce d'une conséquence tirée par la jurisprudence de l'inaliénabilité du fonds. Voici, à mon sens, comment les choses se sont passées.

Lorsque l'hypothèque s'introduisit à Rome, on fut amené tout naturellement à refuser au mari d'hypothéquer un fonds qu'il ne pouvait aliéner, et comme l'hypothèque est chose plus grave que l'aliénation, par cela même que, n'entraînant point un dessaisissement immédiat, il est plus facile de se faire illusion sur sa gravité, on la déclara nulle dans tous les cas, alors même que la femme aurait donné son adhésion.

Dans le système de nos adversaires, on est nécessairement amené pour l'hypothèque à des conséquences très différentes de celles auxquelles

conduit la prohibition de la loi Julia. Cette prohibition reposant sur un intérêt d'ordre public, la nullité peut toujours être invoquée, sans se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi du tiers, sans distinguer si l'opération est ou non intervenue dans l'intérêt de la femme. Au contraire, une nullité dérivant du sénatus-consulte ne pourrait être opposée qu'aux tiers de mauvaise foi et dans le cas seulement où l'opération n'aurait point été faite dans l'intérêt de la femme. Or, il convient de remarquer que sous Justinien les défenses d'aliéner et d'hypothéquer, qui nous sont présentées comme ayant la même origine, sont certainement établies dans les mêmes conditions et sous les mêmes sanctions. Comment dès lors expliquer qu'il ait pu en être différemment auparavant, puisque précisément Justinien ne modifie nulle part le droit antérieur en ce qui concerne l'hypothèque ? Au reste, si l'on peut comprendre que les compilateurs de cet empereur nous aient présenté comme établi par la loi Julia ce qui n'a pu en être, par la force même des choses, qu'une conséquence tirée par la jurisprudence, il est bien invraisemblable qu'ils se soient trompés au point de nous présenter, comme dérivant de cette loi, une prohibition qu'il conviendrait au contraire de rattacher au sénatus-consulte Velléien. J'aime mieux, pour

ma part, ne pas croire à une erreur aussi grossière (1).

Après ce rapide coup d'œil jeté sur la transformation du régime dotal, il n'est point difficile de comprendre le rôle décisif que joua la dot dans l'émancipation de la femme. Émancipation vis-à-vis des tuteurs qui, à chaque nouveau mariage, sont obligés de consentir à une nouvelle constitution de dot ; émancipation vis-à-vis du père de famille, qui est désormais contraint de doter sa fille, et de lui reconstituer, lorsqu'elle se remarie, la dot par lui reprise à la dissolution du précédent mariage ; enfin et surtout émancipation vis-à-vis du mari sans cesse exposé, par suite d'un brusque divorce, à l'obligation de restituer ! Déchu de ses antiques pouvoirs, la crainte de perdre la dot lui retirera le reste de son autorité ! *Argentum adcepi, dote imperium vendidi.*

SECTION III

Pourquoi et sous quels rapports l'émancipation de la femme ne fut pas complète.

Nous venons d'assister à la ruine de l'autorité maritale ; nous avons également constaté les

(1) Plaute, *Asin.*, I, 1, v. 74. « *Dotatæ mactant et malo et domno viros.* » Horace, *Od.* III, 24, v. 19.

atteintes portées par le régime dotal à la puissance paternelle et à la tutelle des agnats. Dès la fin de la République cette tutelle avait dans la plupart des cas cessé d'être sérieuse. Je n'ai pas à exposer ici les expédients imaginés par le formalisme romain pour atteindre ce résultat, je ferai seulement remarquer qu'une institution destinée à conserver les biens dans les familles, si conforme aux tendances aristocratiques de l'ancienne Rome, n'avait plus sa raison d'être à l'époque des Césars. Aussi voyons-nous Auguste affranchir de toute tutelle la femme mère de plusieurs enfants (1), et Claude supprimer la tutelle des agnats (2). Dès ce moment, il n'y eut plus que la tutelle légitime des patrons qui eut encore quelque énergie, et encore Gaius (3) nous apprend-il que le magistrat pourra, si l'intérêt de la femme le réclame, forcer le patron à donner son *auctoritas*. Cette disparition de la tutelle perpétuelle, en laissant à la femme *sui juris* la libre disposition de sa fortune paraphernale, devait singulièrement contribuer à augmenter son indépendance.

La législation nouvelle, qui avait tant amélioré la condition de la femme, ne pouvait manquer de s'occuper de la situation faite à la mère. Jadis,

(1) Gaius, I, 145. Paul. Sent. IV, tit. IX.

(2) Gaius, I, 171.

(3) Gaius, I, 172.

nous l'avons vu, aucun droit n'était attaché à la maternité légitime, ou, pour mieux dire, il n'existait point de maternité légitime. Les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien (1), en créant entre la mère et les enfants un droit de succession réciproque, marquèrent une première étape dans une voie nouvelle. Ajoutons que si, pendant toute la durée de la période qui nous occupe, la femme n'eut jamais droit, en sa qualité de mère, à l'exercice de la puissance paternelle, du moins lui devint-il possible, avec l'autorisation du prince, d'être tutrice de ses enfants (2).

Affranchir la femme des pouvoirs auxquels elle se trouvait autrefois soumise, augmenter ses droits, tel a été jusqu'à présent le but de toutes les innovations que nous avons signalées. Mais la corruption des mœurs qui avait le plus puissamment contribué à la ruine des vieilles institutions et à l'affranchissement de la femme, allait, en sens inverse, inspirer au législateur de nombreuses dispositions destinées à combattre leur influence, à punir leurs écarts, à les moraliser. La plupart de ces dispositions, dont plusieurs remontent à la période républicaine, ne sont

(1) Le premier de ces sénatus-consultes fut rendu sous Antonin le Pieux, en l'an 911 *ab urbe condita* ; le second, sous Marc-Aurèle, en l'an de Rome 931. Cpr. Instit. III, tit. 3 et 4.

(2) Cpr. LL. 16 et 18 D., XXVI, et 26 D., XXVI, 2.

point spéciales aux femmes mariées, elles s'adressent aux femmes en général, je n'ai donc pas à les étudier ici. Je me borne à signaler les plus célèbres. D'abord la loi Oppia contre le luxe des femmes, dont l'abrogation fut si vigoureusement combattue par Caton l'Ancien; puis la loi Voconia (1), destinée à empêcher les femmes de s'enrichir par testament; l'interdiction aux femmes des *officia civilia*; enfin, le sénatus-consulte Velléien, la seule de toutes ces dispositions qui survécut à la Rome païenne. En faisant figurer le sénatus-consulte Velléien dans cette énumération, je prends par là même parti dans une question sujette à controverse, question de savoir si ce sénatus-consulte fut rendu contre les femmes et dans l'intérêt de la morale publique, ou au contraire dans un but de protection, et comme complément aux édits d'Auguste et de Claude qui prohibaient l'intercession des femmes pour mieux assurer la conservation de leurs dots. Le texte du sénatus-consulte qui ne fait aucune allusion à ces édits, mais invoque au contraire l'exclusion des femmes de tout office viril, prouve que le législateur s'est bien moins préoccupé de protéger les femmes que de satisfaire aux exigences sociales de l'époque (2). Il faut reconnaître

(1) Rendue en l'an 585 de Rome.

(2) Cpr. Gide, *Condit. privée de la femme*; Accarias.

toutefois, et ceci enlève à la question son intérêt pratique, que, dans l'interprétation du sénatus-consulte, les jurisconsultes se sont surtout préoccupés de l'intérêt de la femme (1); ce qui n'a rien que de très naturel, si l'on songe que les édits d'Auguste et de Claude, rendus dans l'intérêt de la dot, avaient été absorbés plutôt qu'abrogés par la disposition plus large du Velléien.

Je n'en dis pas davantage pour le moment sur le sénatus-consulte Velléien; j'aurai dans le chapitre suivant à exposer la transformation dont il fut l'objet de la part de Justinien, qui, revenant aux errements d'Auguste et de Claude, en réserva presque exclusivement l'application aux femmes mariées intercédant pour leurs maris.

Dans l'ordre d'idées où nous nous sommes placés, il n'est guère que les lois Juliennes et Papiennes qui renferment des dispositions exclusivement applicables aux femmes mariées. C'est ainsi notamment qu'elles frappaient de pénalités civiles les femmes condamnées pour adultère; celles-ci devenaient désormais incapables de témoigner en justice (2), de contracter un mariage légitime (3), d'être instituées héritières, de rece-

(1) Cpr. LL. 2 §§ 1 et 2 D., XVI, 1; et 40 pr. D., XII, 6.

(2) LL. 48 D., XII, 5, et 20 § 6 D., XXVIII, 1.

(3) LL. 29 § 1, 41 § 13. D., XLVIII, 5.

voir aucun legs ou fidéicommiss (1). C'est ainsi encore qu'elles prononçaient des peines pécuniaires contre l'époux qui divorçait injustement ou donnait lieu au divorce par sa mauvaise conduite (2). Enfin elles encourageaient au mariage en établissant de nombreux privilèges au profit des époux qui avaient plusieurs enfants légitimes (3) et en frappant les célibataires.

Hâtons-nous de le dire, toutes ces dispositions furent impuissantes à faire revivre, comme elles en avaient la prétention, l'ancienne austérité des mœurs. « Jamais, dit M. Gide (4), la morale et la pudeur publiques n'ont été plus insolemment outragées, même au siècle honteux d'Octave et de Tibère, que le jour où ces princes s'avisèrent de les prendre sous leur protection. Chaque effort du législateur pour contenir la débauche provoquait des raffinements de débauche nouveaux. La loi rendait les célibataires incapables d'acquiescer des legs ; on couvrit du nom de mariage les plus infâmes commerces. On se maria, comme dit Plutarque, pour avoir, non pas des héritiers,

(1) Cela résulte de ce qu'elles ne pouvaient point contracter de justes noces, et que ceux-là seuls qui s'étaient mariés légitimement avaient le *jus capiendi*.

(2) Voy. *suprà*, sect. précédente.

(3) Cpr. notam. Gaius, I, 145, 194; III, 49; Ulpien, XXIX 3; Inst., III, 3, § 2.

(4) *Condit. privée de la femme*, p. 170 et 171.

mais des héritages. La loi punissait la femme adultère, en exceptant toutefois les prostituées ; on vit des matrones romaines, pour échapper aux peines de l'adultère, faire publiquement métier de prostitution ! »

CHAPITRE III

CONDITION DE LA FEMME MARIÉE SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS

SECTION PREMIÈRE

Caractères généraux du mariage dans le dernier état du droit.

Nous avons vu les empereurs païens pousser les citoyens au mariage et à la procréation des enfants, espérant ainsi mettre un frein à la débauche; le législateur du Bas-Empire va suivre une voie toute différente.

En imposant le mariage comme une charge civique, les lois Juliennes et Papiennes l'avaient avili; ces lois d'ailleurs étaient en opposition avec les doctrines des Pères de l'Eglise, qui considéraient le célibat comme méritant non des châtiments, mais des récompenses. L'abrogation des lois caducaires, commencée par Constantin (1), est complète sous Justinien (2).

(1) Constantin abroge les peines du célibat et de l'*orbitas*.
L. 1 C., VIII, 58.

(2) Voy. notam. L. unique, C., VI, 51.

L'adultère de la femme donnait autrefois naissance à une accusation publique; le premier venu pouvait jeter le trouble et le déshonneur dans les familles. Désormais le mari et quelques proches seront seuls admis à demander vengeance contre l'épouse coupable, « *ne volentibus temere liceat fœdare connubia* (1). » On fait retour sur ce point aux anciennes traditions. Toutefois, une idée nouvelle se fait jour : le mari pourra désormais pardonner (2) sans encourir comme autrefois le blâme du censeur, ou comme plus tard les peines du *lenocinium* (3).

Nous avons vu combien les divorces s'étaient multipliés pendant toute la durée de la période précédente; le mariage n'était le plus souvent que le caprice d'un jour. Le principe chrétien de l'indissolubilité du lien conjugal devait pousser les princes du Bas-Empire, non point sans doute à supprimer le divorce, il était d'ailleurs trop profondément enraciné dans les mœurs pour que l'on pût songer à l'en faire disparaître, mais à le rendre moins facile.

Le divorce par consentement mutuel est interdit sous Justinien (4). Quant au divorce par

(1) L. 2 C. Th., IX, 7.

(2) Nov. 134, cap. 40.

(3) LL. 2 § 2, et 29 pr. D., XLVIII, 3.

(4) Nov. 117, cap. 40.

voie de répudiation, il doit avoir désormais une cause légitime, et ces causes sont soigneusement déterminées par la loi (1). S'il n'a aucun fondement, il entraîne, pour celui qui l'a provoqué, la peine de la déportation, si c'est la femme ; la défense de se remarier, si c'est le mari. Que s'il a lieu pour un grief léger, l'époux divorçant perd le droit de se remarier à l'avenir ; le mari, pendant deux ans, la femme, à tout jamais (2).

J'ai dit que vers la fin de la République les donations entre époux avaient été interdites ; on était encore allé plus loin dans cette voie, et les legs eux-mêmes avaient été étroitement réduits par les *leges decimariæ*, (3). Désireux de resserrer les nœuds du mariage, « *ut matrimonii auxilium impertiat*, » Théodose II abroge les *leges decimariæ* (4). Quant aux donations entre époux, nous avons vu qu'à partir de Caracalla elles furent traitées comme donations à cause de mort. Justinien les valide non plus comme donations à cause de mort, mais comme de véritables donations entre-vifs, présentant ce caractère particulier d'être toujours révocables (5).

(1) L. 8, C., V, 17.

(2) Cpr. sur tous ces points la Nouvelle 117 de Justinien.

(3) Quintilien, VIII, v. 19.

(4) LL. 9 C. Th., V, 1, et 3 C. Th. VIII, 17.

(5) *Sic*, M. Labbé à son cours.

La législation nouvelle, et c'est là, à mon sens, son caractère le plus remarquable, cherche à faire aux deux époux une situation égale dans le mariage, soit au point de vue de leurs rapports personnels, soit au point de vue du règlement de leurs intérêts pécuniaires, soit enfin au point de vue de la famille.

Ainsi les constitutions impériales reconnaissent aux deux époux les mêmes devoirs de fidélité conjugale, et, en conséquence, accordent dans les mêmes limites le droit de répudiation à chacun d'eux.

De même que la femme apporte une dot à son mari, le mari, de son côté, sera tenu de faire une donation *propter nuptias*, et s'il motive plus tard une demande en divorce contre lui, il perdra tout droit à la reprise de cette donation, comme la femme eût en pareil cas perdu sa dot (1). La femme aura sur la donation *propter nuptias* les mêmes gains de survie que le mari sur la dot (2).

C'est surtout dans les relations de famille

(1) Il y a là une aggravation considérable de la peine pécuniaire qui frappait autrefois l'époux qui avait occasionné le divorce. La donation *ante nuptias*, en permettant, à ce point de vue, de frapper le mari aussi sévèrement que la femme, était une arme contre le divorce. *Sic*, M. Labbé à son cours.

(2) Anthémius avait établi une égalité proportionnelle; Justinien lui substitua une égalité numérique. L. 9, C., V, 14.

qu'apparaît ce principe nouveau d'égalité. Si la puissance du père décline, l'autorité de la mère grandit ; petit à petit, ces deux pouvoirs tendent à ne plus différer notablement l'un de l'autre.

Nous avons déjà vu les princes païens établir un droit de succession entre la mère et les enfants. Lorsque Justinien eut édicté sa célèbre loi des successions (1), aucune différence ne subsista plus à cet égard entre les père et mère.

Dès l'époque classique ; le prince accordait quelquefois à la mère la tutelle de ses enfants. Sous Justinien, la mère légitime qui s'engage, *apud acta*, à ne pas se remarier, et à ne point invoquer la protection du sénatus-consulte Velléien, peut toujours, en l'absence de tuteurs testamentaires, et à la condition d'être héritière présomptive, obtenir la tutelle de ses enfants (2).

Mais il y a plus, nous voyons maintenant la mère exercer les attributs de la puissance paternelle. Ainsi, à défaut du père, c'est elle qui, lors du mariage de sa fille, préside au choix de l'époux (3). En droit classique, des rescrits impé-

(1) Nouvelles 118 et 127, rendues en 543 et 547.

(2) Nov. 118. Cette nouvelle ne fait que reproduire une décision des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (L. 2 C., V, 25), mais en exigeant en plus une renonciation formelle au sénatus-consulte Velléien, et en étendant à l'aïeule ce qui, auparavant, n'était applicable qu'à la mère seule.

(3) L. 20 C., V, 4.

riaux avaient permis d'attribuer à la mère, à l'exclusion du père, la garde des enfants, lorsque l'intérêt de ceux-ci le réclamerait impérieusement (1). Sous Justinien, la puissance paternelle est presque entièrement dévolue à la mère, si son mari l'a injustement répudiée ou si elle a fait prononcer le divorce contre lui (2).

SECTION II

Innovations de Justinien en matière de dot.

Le but du législateur païen, en veillant à la conservation de la dot, avait été d'assurer à la femme veuve ou divorcée le moyen de contracter une nouvelle union. Ce but ne pouvait être celui des empereurs chrétiens. Si, dans le dernier état du droit, la dot est protégée bien plus efficacement encore que par le passé, ainsi que nous pourrions nous en convaincre, c'est afin d'assurer l'avenir de la famille (3). Et, il est, à ce sujet, assez curieux de remarquer comment, par suite des transformations successives de la législation, l'intérêt des enfants, qui réclamait d'abord que la dot fût définitivement acquise au mari, s'oppo-

(1) LL. 1 § 3 et 3 § 5 D., XLIII, 30.

(2) Nov. 117, cap. 7.

(3) Cpr. Gide, *Condit. privée de la femme*, p. 214.

sait, au contraire, aujourd'hui, à ce qu'il pût en disposer comme par le passé. Lors, en effet, que les enfants n'avaient aucun droit à la succession de leur mère, et que celle-ci, placée sous la tutelle de ses agnats, était incapable de tester, laisser les biens dotaux s'absorber dans le patrimoine du mari, était encore, malgré les chances de dissipation auxquelles ils pouvaient se trouver exposés, la solution la plus avantageuse pour les enfants, qui couraient la chance de recueillir un jour, dans la succession paternelle, une partie de la fortune de leur mère. Sous Justinien la situation est bien différente. Les enfants succèdent à leur mère à l'exclusion de tous autres, dès lors ils n'ont aucun intérêt à ce que la dot devienne à tout jamais la propriété du mari. Bien au contraire, plus les droits du mari sur les biens dotaux seront restreints, plus ces biens seront immobilisés entre ses mains pendant la durée du mariage, et mieux leur avenir se trouvera assuré. Aussi allons-nous voir le législateur du Bas-Empire accorder à la femme de nouvelles garanties pour la conservation et la restitution de sa dot.

En droit classique, la femme veuve ou divorcée avait une action dite *rei uxoriæ*, à l'effet de recouvrer sa dot, dont la restitution n'avait point été stipulée. Sous Justinien, on supposera désor-

mais que cette stipulation a toujours été faite (1). Il est facile d'apercevoir les conséquences de cette innovation; je ne citerai que les plus sail-lants.

Autrefois le mari gagnait la dot lorsque la restitution n'en avait pas été stipulée, et que la femme venait à mourir dans le mariage, si, d'ail-leurs, elle n'avait point été dotée par un ascen-dant paternel.

Désormais le mari ne gagnera plus jamais la dot (2), et comme c'est la femme qui est censée avoir stipulé la restitution, c'est toujours à elle ou à ses héritiers, et non au constituant, à moins que ce dernier n'ait expressément stipulé la res-titution (3), que la dot fera retour (4).

Autre conséquence. Lorsque la restitution a été stipulée et à moins que les termes de la stipu-lation n'autorisent à le faire, aucune retenue ne peut être imposée à la femme. Aussi Justinien supprime-t-il les anciennes *retentiones*; la *retentio propter impensas necessarias* sera désormais la seule admise. Donc plus de *retentio propter liberos* ou *propter mores*, pour ne parler que de celles-là. Ces *retentiones*, nous dit l'empereur, n'ont plus de

(1) L. unique, C. pr. V, 43.

(2) *Loc. cit.* § 6.

(3) *Loc. cit.* pr. et § 1.

(4) *Loc. cit.* § 6.

raison d'être : la première, parce que, les devoirs naturels de la mère envers les enfants étant les mêmes que ceux du père, c'est à elle qu'il appartiendra de pourvoir à leur entretien, si le mari n'a pas les ressources nécessaires à cet effet ; la seconde, parce qu'il existe des peines établies par les constitutions impériales contre l'époux dont la faute a donné lieu au divorce (1).

Il ne faudrait pas croire cependant que la nouvelle action en restitution fût à tous égards identique à l'action *ex stipulatu* ; certaines règles de l'action *rei uxoriæ* lui demeurèrent en effet applicables. Outre qu'elle était de bonne foi (2), et ne donnait jamais lieu à condamnation contre le mari que *in id quod facere potest* (3), elle présentait ce caractère de toujours appartenir à la femme, quelle que fût sa condition juridique, quelque changement d'état qu'elle eût subi. Fille de famille, son concours était nécessaire pour permettre au père de réclamer la dot (4) ; émancipée, elle conservait, malgré sa *capitis deminutio*, la propriété exclusive de l'action en restitution (5).

Je passe sur les innovations de Justinien rela-

(1) *Loc. cit.* § 5.

(2) *Loc. cit.* § 2.

(3) *Loc. cit.* § 7.

(4) *Loc. cit.* § 14.

(5) *Loc. cit.* § 11.

tives aux délais de restitution ; nous n'aurions aucun enseignement à tirer de cette question de détail.

De quelles garanties était accompagnée l'action en restitution, comment la conservation de la dot était-elle assurée pendant la durée du mariage, c'est surtout à ce double point de vue que les innovations de Justinien méritent de fixer notre attention.

Il est facile d'apercevoir que les dispositions du droit classique ne protégeaient point toujours la restitution d'une manière efficace. En effet, pour que la femme pût, en cas d'insolvabilité du mari, se prévaloir de son *privilegium*, encore fallait-il que le mari n'eût point dissipé tout son patrimoine. Ce danger n'était pas à craindre pour les immeubles dotaux situés en Italie, car l'aliénation en était impossible, ils ne pouvaient échapper à l'action de la femme qu'autant qu'ils avaient été aliénés *ex causa necessaria* ; mais les meubles dotaux, mais les immeubles provinciaux, mais tous les biens extra-dotaux du mari, une fois sortis du patrimoine de celui-ci, n'offraient plus aucune prise. Somme toute, la femme n'était assurée d'exercer avec succès l'action *rei uxoriæ* qu'autant que parmi les biens apportés en dot figuraient des immeubles italiques, et encore à condition de n'être point primée par des créanciers

hypothécaires ou même par certains créanciers chirographaires dont le *privilegium* était préféré.

Les dispositions du droit classique furent maintenues sans changement jusqu'en l'an 529. A cette date nous trouvons une constitution de Justinien dans laquelle, maintenant le *privilegium* de la femme sur les biens extra-dotaux du mari, il établit sur les biens dotaux une hypothèque privilégiée (1). Désormais la femme primera tous les créanciers chirographaires ou hypothécaires du mari, non seulement sur l'immeuble dotal, situé en Italie [elle pouvait être autrefois primée sur cet immeuble par une hypothèque légale, notamment par l'hypothèque du pupille ou du mineur de vingt-cinq ans] (2), mais encore sur tous les autres immeubles apportés en dot et sur tout le mobilier dotal. Remarquons d'ailleurs qu'une hypothèque ordinaire non privilégiée n'eût point toujours suffi à atteindre ce résultat ; il est possible en effet que, dès avant la constitution de dot, le mari eût déjà hypothéqué ses biens à venir.

Et la femme n'aura point seulement un droit de préférence opposable aux créanciers hypothécaires, elle aura en outre un droit de suite, qui

(1) L. 30 C., V, 12.

(2) Cette hypothèque date de Constantin. L. 20 C., V, 37.

lui permettra de saisir, entre les mains des tiers acquéreurs, toute cette partie de sa dot que le mari aura pu aliéner sans son consentement. On a cherché à contester ce résultat, en ce qui concerne le mobilier, en argumentant des mots « *si tamen extant* » employés par Justinien. Mais ces mots signifient tout simplement que si les objets apportés en dot sont déterminés, l'hypothèque ne peut les frapper qu'autant qu'ils existent encore *in specie*.

Il est possible que le mari ait reçu en dot une créance contre un tiers. Cette créance se trouvera comme tous les autres biens dotaux frappée par l'hypothèque privilégiée. Il en résulte que le mari ne pourrait pas valablement faire acceptation au débiteur sans le consentement de sa femme ; car il n'est pas admissible qu'il puisse, selon son bon plaisir, priver la femme de son hypothèque (1).

Bien entendu, le débiteur est toujours libre d'acquitter sa dette. Si l'objet est un corps certain, c'est sur lui que portera désormais l'hypothèque privilégiée. Mais si c'est une somme d'argent, la femme ne pourra point, à la différence du gagiste ordinaire, se faire payer présentement, car ce serait là un recouvrement partiel de la dot avant la dissolution du mariage.

(1) Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 92.

Justinien ne se borne pas à accorder à la femme une hypothèque privilégiée sur ses biens dotaux, il en permet en outre la revendication. De là, controverse parmi les interprètes pour savoir si le mari est encore, à l'époque de Justinien, propriétaire de la dot. Il me paraît certain que ce prince considère la dot comme une partie de la fortune de la femme; le droit de propriété du mari n'est plus à ses yeux qu'une subtilité juridique. « *Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est* (1). » Déjà en droit classique on disait de la dot : « *Quamvis in bonis mariti sit, mulieris tamen est* (2); » aujourd'hui il faut aller plus loin, et ne plus considérer le mari que comme l'administrateur du bien d'autrui (3). Mais, dira-t-on, si la femme conserve la propriété de sa dot, comment comprendre qu'on lui accorde une hypothèque privilégiée sur les biens dotaux; les deux qualités de propriétaire et de créancier hypothécaire ne sont-elles pas incompatibles? Je réponds que, même sous Justinien, il est des cas où la femme cesse par la force même des choses d'être propriétaire, et que l'on

(1) L. 30 C., V, 12.

(2) L. 73 D., XXIII, 3.

(3) Cpr. Gide, *Condit. privée de la femme*, p. 216.

conçoit alors très bien l'existence et l'utilité d'une hypothèque privilégiée à son profit.

Tout d'abord, lorsque le bien dotal, meuble ou immeuble, a été estimé, la femme, ne pouvant plus prétendre à la restitution de la chose elle-même, cesse nécessairement d'en être propriétaire, et devient simplement créancière du prix d'estimation. J'estime, en conséquence, avec M. Demangeat (1), que la femme ne pourra jamais revendiquer le bien estimé, lors même qu'il se retrouverait encore dans le patrimoine du mari à la dissolution du mariage, et qu'elle devra se contenter du prix d'estimation. « Ne serait-il pas bien bizarre en effet qu'une personne à laquelle on offre l'objet de son droit pût exiger autre chose ? »

Quant aux meubles non estimés, la femme en demeure propriétaire, et elle pourra les revendiquer s'ils se retrouvent dans la succession du mari; mais elle ne pourrait pas exercer son action en revendication (2) contre les tiers acquéreurs, car le mari avait très certainement le droit de disposer du mobilier dotal (3).

Enfin, en ce qui concerne les immeubles non

(1) Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 98 et 99.

(2) En ce sens, Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 97.

(3) Cela résulte, *à contrario*, de la loi unique, § 15, C., V, 43.

estimés, la femme perd également le droit de les revendiquer, lorsqu'ils ont été valablement aliénés au profit d'un successeur à titre particulier, soit qu'elle ait donné son consentement à l'aliénation (c'est seulement l'année suivante que Justinien prohiba l'aliénation de l'immeuble avec consentement de la femme) (1), soit qu'il y ait eu aliénation *ex causa necessaria*. Remarquons que, dans la première hypothèse, la femme ne pourrait même pas se prévaloir de son hypothèque à l'encontre du tiers acquéreur.

La constitution de 529 n'accordait à la femme sur les biens de son mari d'autre garantie que le *privilegium inter personales actiones* du droit classique. Ce *privilegium*, qui ne lui attribuait qu'un droit de préférence sur les créanciers chirographaires, et aucun droit de suite, était une garantie insuffisante lorsque les biens dotaux avaient péri ou diminué de valeur par la faute du mari devenu lui-même insolvable.

Dans une constitution datée de 530, la même qui remanie de fond en comble l'ancienne action *rei uxoriæ*, Justinien accorde à la femme une hypothèque générale et tacite sur tous les biens du mari (2). Enfin, en 531, cette hypothèque est

(1) Cette prohibition résulte de la loi unique, § 15, C., V, 13.

(2) L. unique, C., V., 13.

transformée en hypothèque privilégiée donnant, par conséquent, à la femme un droit de préférence sur les créanciers du mari même antérieurs au mariage (1). Il est à peine besoin d'insister sur les inconvénients de cette dernière réforme, contraire à la justice, puisqu'elle pouvait ruiner des créanciers de bonne foi qui avaient pris leurs sûretés, désastreuse pour le crédit. Au reste, il convient de faire remarquer que Justinien ne prive point la femme du droit de renoncer à son hypothèque privilégiée ; c'est une atténuation des effets de sa constitution. Ce dernier point mérite quelques explications.

Nous avons vu qu'en droit classique la femme ne pouvait point renoncer à son privilège. « *Interest reipublicæ mulieres salvas dotes habere.* » Mais la femme pouvait avoir, indépendamment de son privilège, des sûretés conventionnelles : des constitutions impériales qui datent de la fin du quatrième siècle avaient, il est vrai, défendu que des fidéjusseurs ou autres répondants pussent être

(1) L. 42 § 4 C., VIII, 48. Doneau, argumentant des mots *muniti temporis privilegio*, a cherché à soutenir que c'est seulement aux créanciers qui ont reçu de la loi le bienfait d'une hypothèque tacite, par exemple au mineur dont le mari a géré la tutelle dès avant son mariage, que la femme doit être préférée. Ce système ne résiste pas à une lecture attentive du texte où l'on voit la femme *potiora jura contra omnes habere mariti creditores*.

fournis à la femme par le mari pour assurer la restitution de la dot (1), mais cette défense paraît ne s'être appliquée que dans le cas où ces sûretés auraient été consenties pendant le mariage (2). Supposons donc qu'une constitution de gage ait été valablement faite, la femme pourra très bien faire remise à son mari de la sûreté qu'il lui avait consentie, sans violer aucun principe d'ordre public, et sans que l'acte puisse être annulé comme intercession ou comme donation entre époux (3).

Des doutes s'étant élevés dans la pratique sur la validité de la renonciation de la femme à son hypothèque, au profit d'un tiers auquel le mari aurait vendu ou hypothéqué le bien affecté à la restitution de la dot (4), une constitution d'Anastase vint trancher la question dans le sens de la validité (5).

Plus tard, lorsqu'une hypothèque légale fut accordée à la femme, on eut de nouveau à se demander si la renonciation à cette hypothèque devait être permise. Justinien (6) distingue à cet égard suivant que l'hypothèque porte ou non sur les immeubles dotaux non estimés. Au premier

(1) Au Code, V, 20.

(2) Voy. Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 30 *in fine*.

(3) LL. 8 pr. D., XVI, 1; et 18, D., XLII, 8.

(4) N'y avait-il pas là en effet une intercession prohibée?

(5) L. 21 C., IV, 29.

(6) L. unique C., V, 13.

cas pas de renonciation possible, et, en conséquence, la femme n'est plus admise à valider par son consentement l'aliénation de l'immeuble dotal, car ce consentement donné à l'aliénation lui enlèverait le droit d'opposer son hypothèque au tiers acquéreur. Quant à l'hypothèque portant sur les biens extra-dotaux du mari, ou sur des biens apportés en dot avec estimation, Justinien lui applique la disposition d'Anastase.

La femme peut-elle renoncer valablement à son hypothèque privilégiée en tant qu'elle porte sur les meubles dotaux? Oui, dit-on, car Justinien veut que le droit de la femme reste intact *in fundo æstimato*; donc *à contrario* il permet la renonciation à l'hypothèque sur le mobilier dotal (1). Non, peut-on répondre, car l'intention de Justinien paraît bien être de distinguer entre les biens qui sont véritablement la propriété du mari, c'est-à-dire ses biens personnels extra-dotaux, ainsi que les biens apportés en dot et ayant fait l'objet d'une estimation, et les biens dotaux dont la femme conserve en réalité la propriété; c'est aux premiers seulement qu'il fait l'application de la constitution d'Anastase.

La femme n'étant point seule à jouir du bénéfice d'une hypothèque privilégiée, il y a lieu de

(1) En ce sens, Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 37 et 38.

se demander si cette hypothèque lui assurait toujours le premier rang.

Tout d'abord il est certain que l'hypothèque d'une dot précédente primait toujours l'hypothèque d'une dot actuelle (1). En dehors de ce cas, la femme pouvait encore se trouver primée, soit par un créancier ayant fourni des deniers *ad emendam militiam*, et possédant sur cette charge un droit de gage préférable à tout autre (2), soit par un *argentarius* pour toute somme prêtée par lui, en lui supposant une hypothèque spécialement réservée pour cet objet (3). Quant aux créanciers dont l'argent avait servi à mettre ou à conserver la chose affectée à leur gage dans le patrimoine du mari, ils étaient primés par la femme, à moins d'avoir une hypothèque expresse ou tacite qui fût *potior tempore* (4).

L'hypothèque du fisc était-elle également une hypothèque privilégiée? On l'a soutenu en arguant d'une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien (5). Cette constitution nous montre en effet l'hypothèque du fisc primant celle de la femme, et le motif invoqué à l'appui de cette décision n'est point du tout l'antériorité de

(1) L. 12 § 1 C., VIII, 18. Cpr. égal. Nouvelle 91.

(2) Nov. 97, cap. 4.

(3) Nov. 136, cap. 3.

(4) Cujas, sur la Nouvelle 97, ch. 3; *Ad Codicem*, XII, lib. 8.

(5) L. 3, C., XII, 63.

date, mais l'utilité publique. Bien que le texte nous parle en effet d'*utilitas publica*, je pense, avec M. Demangeat (1), que si, dans l'espèce, la femme passe la première, c'est qu'elle est en réalité *prior tempore*. Il est probable que la constitution des empereurs Dioclétien et Maximien statue tout bonnement sur la demande d'une femme qui sollicitait qu'il lui fût permis de se payer de sa dot sur le bien grevé d'une hypothèque spéciale à son profit, de préférence au fisc antérieur en date ; à quoi les empereurs répondent : « *Utilitas publica præferenda est privatorum contractibus.* » Cujas (2) estime cependant que la femme, malgré son hypothèque privilégiée, sera primée par le fisc antérieur en date ; il faut appliquer à l'hypothèque tacite de la femme ce que les lois 2 *De privilegio fisci* et 3 *De primipilo* (au Code) appliquent à l'hypothèque expressément stipulée. Cujas ne fait exception que pour le cas où l'hypothèque du fisc serait elle-même primée par une hypothèque antérieure.

Quelles sont les modifications apportées par Justinien aux règles relatives à l'inaliénabilité du fonds dotal ?

Constatons tout d'abord que ce prince, en déclarant la dot restituable désormais à la femme à

(1) *Condit. du fonds dotal*, p. 156.

(2) Comment. sur la loi 12 *Qui potiores*.

tout événement (1), et en étendant aux immeubles provinciaux la prohibition de la loi Julia (2), multiplie singulièrement les cas de nullité. Il est encore possible cependant, dans le dernier état du droit, que l'aliénation d'un immeuble dotal échappe à la nullité, soit que le constituant ait stipulé la restitution de la dot à son profit, soit que la femme ait légué sa dot à son mari, car dans ces deux hypothèses l'intérêt personnel de la femme n'est plus en jeu.

Autrefois l'inaliénabilité était exclusivement destinée à mettre la dot à l'abri des dissipations du mari. Justinien veut protéger la femme contre elle-même; son consentement sera désormais impuissant à valider l'aliénation (3).

Justinien conserve à la femme le droit de demander la restitution anticipée de sa dot lorsque son mari *vergit ad inopiam* (elle peut même en pareil cas se faire mettre en possession des biens donnés *propter nuptias*), mais elle ne pourra point disposer pendant la durée du mariage des biens repris par elle; son droit se bornera à s'en réserver la possession et à prendre les fruits nécessaires à l'entretien de sa maison (4).

(1) Voy. *suprà*.

(2) L. unique, § 15, C., V, 13.

(3) *Loc. cit.*

(4) L. 29 C., V, 12.

C'est une question controversée que de savoir si, sous Justinien, l'immeuble dotal ne cessait point d'être imprescriptible avant même d'avoir été restitué, dès l'instant où il pouvait être réclamé par la femme, soit que le mariage se trouvât dissous, soit que le mari inspirât des craintes sérieuses sur sa solvabilité. L'affirmative paraît bien résulter de la loi 30 au Code *De jure dotium* (1). Cependant pour la négative on peut répondre que cette loi ne s'occupe que de la prescription de l'action en reprise et nullement de l'imprescriptibilité du fonds dotal, laquelle continue à être soumise aux mêmes règles que par le passé (2).

Parmi les innovations de Justinien relatives à l'inaliénabilité du fonds dotal, je dois encore signaler la disposition de la nouvelle 61, d'après laquelle la nullité de l'aliénation pourra être couverte à certaines conditions. Il faut que le mari ait été assez solvable pour que la femme ait reçu l'intégralité de sa dot ; que deux ans se soient écoulés depuis l'aliénation de l'immeuble, enfin que la femme ait donné ou renouvelé son consentement à l'aliénation.

(1) V, 12.

(2) C'est l'opinion de M. Demangeat, *Condit. du fonds dotal*, p. 366 et suiv. Voy. égal. Cujas, comment. sur la loi 12 pr. *De fundo dotali* au Digeste.

Pour compléter ce rapide exposé du régime dotal sous Justinien, il me reste à examiner les modifications profondes apportées par cet empereur au sénatus-consulte Velléen. Voté dans un esprit d'hostilité contre les femmes, ce sénatus-consulte avait été interprété bien plutôt dans leur intérêt, et j'ai déjà dit qu'il avait très efficacement contribué à la conservation de la dot.

Sous les empereurs chrétiens, le sénatus-consulte Velléen n'a plus rien conservé de son caractère politique, il est considéré comme destiné à protéger la femme incapable de se protéger elle-même. Mais la tendance de plus en plus marquée de la législation à traiter en tout la femme comme l'égale de l'homme, devait amener Justinien à substituer, à cette incapacité à raison du sexe, une mesure exclusivement destinée à la protection de la dot. Comment s'opéra cette transformation ? La question mérite d'assez longs développements et, quoiqu'elle se rattache intimement à l'étude de la dot, j'ai cru cependant devoir lui consacrer une section spéciale.

SECTION III

Transformation du sénatus-consulte Velléen.

Pour bien comprendre l'importance des innovations.
M.

vations de Justinien en cette matière, quelques explications préalables sur l'étendue d'application donnée dans le droit antérieur au sénatus-consulte Velléien sont ici nécessaires.

D'après l'ensemble des textes émanés des jurisconsultes classiques, on peut, ce me semble, ramener à *quatre* les éléments constitutifs de l'intercession prohibée.

1° Il faut tout d'abord que la femme s'oblige ; on ne lui défend nullement d'aliéner pour autrui : l'aliénation est un acte auquel on ne consent pas facilement (1).

Aussi bien les jurisconsultes, partant de cette idée que ce qu'il convient d'interdire à la femme, ce ne sont pas les actes qui, entraînant un appauvrissement actuel et certain, répugnent naturellement, mais ceux dont il est permis d'espérer qu'il ne résultera aucun préjudice, avaient-ils fait application du Velléien à certaines hypothèses dans lesquelles la femme ne contractait aucune obligation. C'est ainsi qu'ils avaient refusé à la femme le droit de céder son rang à un créancier hypothécaire inférieur, lui permettant au contraire de renoncer complètement à une hypothèque (2).

2° Il faut que la femme s'oblige pour autrui,

(1) LL. 4 § 1, 5, 8 § 5 D., XVI, 1.

(2) LL. 8 et 17 § 1 D. XVI, 1.

prenne à sa charge l'obligation d'autrui. On n'intercède pas pour une personne, en s'obligeant envers cette personne elle-même. Un exemple mettra mieux ma pensée en lumière.

Un tuteur allant mettre en vente certains biens du pupille sujets à dépérissement, la mère de ce dernier vient le prier de ne point les vendre, s'engageant à l'indemniser si plus tard il était poursuivi pour mauvaise administration. Eh bien, dans l'espèce la femme n'intercède pas, car ce n'est pas l'obligation du tuteur qu'elle prend à sa charge (1).

3° Il faut que la femme s'oblige dans l'intérêt d'autrui. Si la femme en s'obligeant pour autrui a un but intéressé, elle n'intercède pas ; car, si on lui défend de gérer l'affaire d'autrui, rien ne l'empêche en revanche de gérer sa propre affaire.

Ainsi, la femme qui intercède dans l'intérêt de son créancier en s'obligeant envers un créancier de ce dernier, contracte un engagement valable (2). Il en est de même de la femme qui reçoit le prix de son intercession (3). Et il est certain qu'en droit classique, il fallait, pour que l'intercession fût valable dans ce dernier cas, que le prix reçu pût être considéré sans trop d'invari-

(1) L. 49 D., XVI, 1.

(2) Cpr. L. 43 D., XVI, 1.

(3) LL. 16 pr. et 22 D., XVI, 1.

semblance comme l'équivalent de l'engagement pris par la femme.

4° Il faut que la femme n'ait point entendu faire une libéralité. Cette dernière proposition s'explique par la même idée que la seconde : « *facilius se obligat mulier quam alicui donat* (1). »

Et le motif même de l'exception me conduit à en restreindre l'application.

La femme peut intercéder de trois manières très différentes : soit qu'elle se joigne à une obligation préexistante, soit qu'elle substitue à cette dernière sa propre obligation, soit enfin qu'elle s'oblige pour éviter à un autre de s'obliger. Or, bien qu'en thèse générale, il fût permis à la femme de s'obliger pour autrui, *donandi causa*, j'estime cependant que le premier mode d'intercession dut lui demeurer toujours interdit, sans distinguer si elle agissait ou non pour faire une libéralité. Et en effet, lors même que la femme s'engagerait à ne point recourir contre celui dans l'intérêt de qui elle s'oblige, elle pourrait toujours espérer, du moment que ce dernier se trouve obligé avec elle, qu'elle ne sera pas personnellement poursuivie.

Et maintenant, si nous voulons avoir une formule précise de l'intercession prohibée, nous

(1) L. 4 § 1 D., XVI, 4.

dirons : la femme intercède toutes les fois que sans vouloir faire une libéralité, sans songer à retirer aucun profit personnel de l'engagement qu'elle contracte, elle consent à s'obliger pour rendre service à une personne qui s'engage simplement à l'indemniser du dommage qu'elle pourra éprouver.

L'intercession, telle que je viens de la définir, était, en droit classique, interdite à la femme, quelle que fût sa condition, quelle que fût la qualité de celui en faveur duquel elle s'obligeait, quel que fût enfin le motif qui la portait à intercéder.

On avait cependant fait exception à la règle générale pour quelques cas fort rares, dans lesquels l'intercession de la femme se justifie par des considérations particulièrement favorables. C'est ainsi que la femme pouvait valablement engager son crédit pour procurer une dot à sa fille (1) ; défendre son mari malade ou absent (2) ; intervenir dans un procès dans lequel on prétendait attribuer à son mari ou à un de ses cognats la qualité d'esclave ou d'affranchi (3).

Ajoutons que le sénatus-consulte ne pouvait être invoqué contre un créancier de bonne foi, c'est-à-dire qui pouvait croire très légitimement

(1) L. 32 § 2 D., XII, 6.

(2) L. 41 D., III, 3.

(3) L. 3 § 2 et 3 D., XL, 12.

que l'obligation consentie à son profit ne dissimulait aucune intercession prohibée. Le fait par la femme d'avoir usé de manœuvres dolosives pour surprendre sa bonne foi (1), ou même de lui avoir simplement laissé ignorer le bénéfice dont elle jouissait dans l'espèce (2), suffisait à lui faire perdre la protection du sénatus-consulte.

L'obligation contractée par la femme au mépris de la prohibition du sénatus-consulte n'est pas frappée de nullité *ipso jure*, mais le sénatus-consulte veut que l'action qui en résulte ne soit pas donnée contre la femme, « *ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur* » (3). » Si donc le magistrat estime que l'on est dans le cas du sénatus-consulte, il refusera l'action ; s'il conserve des doutes à cet égard, il renverra les parties devant le juge en insérant dans la formule une exception. Au reste, il ne faut pas s'y méprendre, s'il n'y avait pas nullité *ipso jure*, la protection accordée à la femme n'en était pas moins pleinement efficace ; non seulement elle était protégée par un refus d'action ou par une exception (et telle était la force de cette exception qu'elle pouvait être encore utilement opposée à l'action *judicati*) (4), mais elle

(1) L. 2 § 3 D., XVI, 1.

(2) L. 30 D., XVI, 1.

(3) L. 2 § 1 D., XVI, 1,

(4) L. 11 D., XIV, 6.

avait en outre le droit de répéter par la *condictio indebiti* ce qu'elle avait payé dans l'ignorance qu'elle pût se soustraire à son obligation (1) : l'obligation contractée au mépris du sénatus-consulte Velléien ne valait même pas comme obligation naturelle (2).

La femme pouvait-elle valablement renoncer à la protection du Velléien ? Poser la question paraît singulier. Est-ce qu'un incapable peut jamais par sa propre volonté s'attribuer une capacité que la loi lui dénie ? est-ce qu'une disposition qui intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs n'est pas au-dessus de toutes les conventions ? Que dans le dernier état du droit la jurisprudence ait cherché à faciliter à la femme les moyens d'éluder le sénatus-consulte, je le reconnais d'autant plus volontiers que je vais démontrer tout à l'heure que toutes les innovations de Justinien tendent précisément à ce but, mais telle n'était pas assurément la manière de voir des jurisconsultes classiques : « *Ea quæ in fraudem senatus-consulti, quod de intercessione feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere* (3), » disait Paul. Est-il donc possible d'admettre que le législateur qui frappait de

(1) L. 40 pr. D., XII, 6.

(2) Cpr. L. 16 § 1 D., XVI, 1.

(3) L. 29 § 1 D., XVI, 1.

nullité tout acte par lequel la femme aurait cherché à éluder sa prohibition, ait pu lui permettre de s'en affranchir ouvertement ?

Pour combattre cette solution qui s'impose d'elle-même que nous oppose-t-on ?

Trois textes : le premier qui forme le paragraphe 4 de la loi 32 au Digeste (*ad S.-C. Velleianum*), les deux autres qui émanent de Justinien (1). J'écarte, bien entendu, ces deux derniers textes sur lesquels je reviendrai tout à l'heure, par la raison très simple que leur but est, non pas d'appliquer, mais d'abroger le droit classique ; quant au premier, nous allons voir qu'il n'a nullement la portée qu'on lui prête. Voici comment il est conçu : « *Si mulier pro eo quo intercesserit judicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, quoniam senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debeat exceptione se non usuram et sic ad judicem ire.* » Ainsi donc une femme ayant intercedé contrairement à la prohibition du sénatus-consulte, et voulant éviter au débiteur originaire d'être poursuivi, se refuse à opposer l'exception, et s'apprête à soutenir un procès avec le

(1) De ces deux textes le premier, qui forme la loi 3, C., V., 35, dispose que la femme qui veut obtenir la tutelle de ses enfants doit préalablement renoncer à la protection du sénatus-consulte. J'aurai, dans quelques instants, à insister longuement sur le second, qui n'est autre que le *principium* de la loi 23, C., V., 29.

créancier. Le texte nous dit que le prêteur, avant de renvoyer les parties devant le juge, devra exiger de la femme la *cautio se exceptione non usuram*. Je ferai tout d'abord remarquer que cette *cautio* serait parfaitement inutile, si la femme pouvait valablement et directement renoncer à la protection du sénatus-consulte. S'il en était ainsi, une simple déclaration de sa part serait suffisante. Si la femme est obligée de fournir *cautio*, c'est qu'en dépit de sa renonciation elle conserve toujours le droit de se prévaloir de la nullité de l'intercession (1). Sans doute la *cautio se exceptione non usuram* n'était dans l'espèce qu'un moyen détourné offert à la femme de renoncer à la protection du sénatus-consulte. Il est probable, comme le fait très judicieusement remarquer M. Gide (2), que la jurisprudence avait trouvé là un moyen d'échapper à l'application de la loi, dans les cas où elle eût compromis des intérêts trop précieux; le contrôle du magistrat était d'ailleurs une garantie que la renonciation ne serait pas faite à la légère.

Voici donc en résumé les caractères de la prohibition d'intercéder pendant toute la période classique : elle frappe non seulement l'interces-

(1) Cpr. Gide, *Condit. privée de la femme*, p. 184, note 1; Accarias, II, 576, note.

(2) *Loc. cit.*

sion de la femme au profit de son mari, mais l'intercession de la femme (fille, veuve ou mariée) au profit d'un étranger; elle détruit dans son essence l'obligation, qui ne subsiste même plus comme obligation naturelle; elle est d'ordre public et il n'est permis ni de l'éluder ni d'y renoncer.

Les réformes de Justinien ont un double caractère : d'un côté, l'empereur atténue singulièrement la prohibition du sénatus-consulte, en tant qu'elle s'adresse aux femmes en général; de l'autre, il interdit plus sévèrement encore que par le passé l'intercession de la femme en faveur de son mari. Démontrons successivement chacune de ces deux propositions.

Est-ce pour un tiers, c'est-à-dire pour tout autre que son mari, que la femme s'est obligée, voici les innovations que nous rencontrons :

1^o Justinien augmente le nombre des cas dans lesquels l'intercession sera maintenue comme ayant une juste cause. Ainsi la femme pourra intercéder valablement *pro libertate*, c'est-à-dire s'obliger principalement ou comme caution pour un esclave, afin que son maître lui donne la liberté (1).

Nous avons vu qu'en droit classique, la mère pouvait s'engager à constituer une dot à sa fille;

(1) L. 24 C., IV, 29.

on considérait déjà que, si la mère n'était pas tenue civilement de doter sa fille, tout au moins remplissait-elle, en le faisant, une obligation naturelle. Les empereurs Valérien et Gallien avaient confirmé purement et simplement la jurisprudence sur ce point. Justinien généralise; désormais toute femme pourra intercéder *pro dote* (1).

2° L'intercession sera valable si la femme l'a réitérée après deux ans d'intervalle. Cette persistance indique chez la femme une volonté constante et sérieuse de s'obliger, et c'en est assez pour écarter l'application du sénatus-consulte (2).

3° Mais voici qui est beaucoup plus grave. Justinien, dans la loi 23 (3), commence par déclarer, et en cela il ne fait que confirmer le droit antérieur, que l'intercession sera valable si la femme a reçu quelque chose en retour de l'engagement pris par elle. Je dis que sur ce point Justinien ne fait que confirmer le droit antérieur; je me trompe: le mot *aliquid* dont il se sert indique que, dans la pensée de l'empereur, il suffira que la femme ait reçu quelque chose, sans distinguer si elle a reçu peu ou beaucoup. Or, il est certain qu'en droit classique, on exigeait approximativement l'équivalent de l'engagement pris par la femme. Justinien

(1) L. 25 C., IV, 29.

(2) L. 22 C., IV, 29.

(3) L. 23 pr. C., IV, 29.

veut couper court aux difficultés que cette exigence avait, paraît-il, soulevées dans l'application : « *anti-quæ jurisdictionis retia, difficillimos nodos resolventes*; » mais au fond, il obéit au désir d'affaiblir de plus en plus la prohibition du sénatus-consulte.

Maintenant, comment prouvera-t-on que la femme a reçu quelque chose? C'est ici que, sous prétexte d'aplanir des difficultés, Justinien modifie profondément le droit antérieur. Il dispose en effet que la déclaration que la femme a reçu quelque chose, insérée dans un acte public relatant son obligation, devra être tenue pour vraie, quelque invraisemblable qu'elle puisse paraître. En deux mots, la femme est libre désormais de renoncer à la protection du Velléen, à la condition de faire constater son obligation par acte public : cette formalité est de nature à la faire réfléchir et il est à présumer qu'elle ne s'engagera pas à la légère.

Le seul fait que la femme s'est obligée par acte public suffira-t-il à valider l'intercession ; faudra-t-il nécessairement que l'acte contienne la déclaration que la femme a reçu quelque chose? En fait, la question me paraît complètement dépourvue d'intérêt ; toutefois elle a soulevé d'interminables controverses, et mérite à cet égard d'être examinée.

Je dis que la question est dépourvue d'intérêt :

en effet, en supposant que la déclaration en question ait été nécessaire, il est bien évident qu'elle devint une clause de style dans tous les actes publics relatant une intercession ; dès lors exiger cette déclaration à peine de nullité de l'engagement, c'est évidemment ne rien ajouter à la garantie de la femme.

Quant à prendre parti dans la controverse, la chose n'est pas bien aisée ; le § 2 de notre loi 23 est en effet très obscur et peut conduire aux interprétations les plus opposées. Cependant, si l'on remarque que dans la loi 22 le but évident de Justinien est de faciliter les intercessions, que dans la loi 23 pr. cette même pensée se révèle d'une façon encore bien plus certaine ; que d'autre part l'idée dominante dans la loi 23 est de ne plus distinguer désormais qu'entre les intercessions constatées par acte public et celles qui ne le sont point, ce qui d'ailleurs, comme je l'ai indiqué, a parfaitement sa raison d'être, on ne voit pas bien pourquoi Justinien aurait exigé une mention de pure forme en plus de la confection d'un acte public. Ceci posé, voici le passage qui a suscité la controverse : « *Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem ; tunc etenim*

tantummodo eas obligari et sic omnia tractari, quæ de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt (1). »

Ce que je traduis de la façon suivante : « Mais pour que les femmes ne puissent pas s'immiscer légèrement dans les affaires d'autrui, nous décidons qu'elles ne pourront à l'avenir s'obliger valablement pour autrui, qu'à la condition de faire rédiger un acte public signé de trois témoins et constatant leur engagement ; c'est à cette seule condition qu'elles pourront se trouver valablement obligées : telle est la règle d'après laquelle devront être résolues désormais toutes les questions de validité d'intercessions, questions autrefois réglées par les lois anciennes ou par les constitutions impériales... » Cette traduction, qui ne fait, ce me semble, aucune violence au texte, est parfaitement d'accord avec la solution à laquelle j'avais été amené tout naturellement.

On pourrait être au premier abord tenté de conclure du texte précité que toutes les intercessions, celles-là même qui ne tombaient point sous le coup du sénatus-consulte Velléien, doivent être, à peine de nullité, constatées par acte public (2) ; mais en y réfléchissant, il est impossible d'admettre que Justinien, dont l'intention évi-

(1) § 2 de la loi 23.

(2) *Tunc enim tantummodo eas obligari*, nous dit le texte.

dente est de faciliter aux femmes les intercessions, ait pu à cet égard se montrer plus sévère que les jurisconsultes classiques. Sans doute, Justinien impose comme condition nécessaire et suffisante à la validité de toute intercession la rédaction d'un acte public, mais ceci ne doit s'entendre que des intercessions prohibées par le droit antérieur, car ce sont celles-là seulement qu'il importe d'entourer de garanties. On pourrait, à l'appui de cette solution, invoquer le *principium* de notre loi 23, où nous voyons la femme, pourvu qu'elle ait reçu quelque chose, toujours capable d'intercéder, que son obligation ait été ou non constatée par écrit. On objecte qu'en pareil cas, il n'y a pas intercession du tout; mais, soit qu'il n'y ait pas intercession du tout, soit qu'il n'y ait pas intercession prohibée, ne sommes-nous pas en droit d'argumenter de cette décision et de dire que, là où le droit antérieur n'avait point jugé nécessaire de protéger la femme, Justinien ne met aucune condition à la validité de l'obligation?

Je n'ajoute plus qu'un mot. Lorsque l'intercession, et il est bien entendu qu'il s'agit uniquement d'une intercession prohibée, n'a point été constatée par acte public, l'obligation est désormais frappée de nullité *ipso jure* (1). Il ne faut

(1) Ceci résulte du § 2 *in fine* de notre loi 23.

pas attacher à cette innovation, qui n'est guère intéressante qu'au point de vue de la procédure, plus d'importance qu'elle ne mérite, car nous avons vu qu'auparavant la femme avait en réalité des moyens très efficaces pour échapper à son obligation.

Le système que je viens d'exposer, qui a été développé pour la première fois par M. Valett (1) et qui a été adopté par M. Gide (2), ne paraît pas avoir rallié la majorité des interprètes. Les uns reconnaissent bien avec nous que la formalité d'un acte public n'est exigée que dans les cas où la femme intercède contrairement à la prohibition du sénatus-consulte ; mais ils nient que l'accomplissement de cette formalité suffise à valider l'intercession prohibée qui pourra être annulée *exceptionis ope* (3).

Les autres vont plus loin encore ; non seulement la formalité d'un acte public ne suffira pas à valider l'intercession prohibée qui demeurera soumise aux mêmes règles que par le passé, mais l'absence de cette formalité entraînera toujours et dans tous les cas nullité *ipso jure* de l'opération, lors même qu'elle eût échappé à la prohibition du sénatus-consulte (4).

(1) Lehrbuch, Göttingue, 1828-1829, § 584.

(2) *Condit. privée de la femme*, p. 218.

(3) C'est l'opinion adoptée par le glossateur Bulgarus.

(4) C'est l'opinion du glossateur Martinus.

En exposant mon système j'ai, par avance, réfuté l'une et l'autre de ces opinions; je ferai seulement remarquer que la dernière est en complète opposition avec l'esprit de la loi 23, qui est, non d'aggraver, mais d'atténuer l'ancienne prohibition.

Nous venons de voir Justinien affaiblir singulièrement la portée du sénatus-consulte Velléien en ce qui concerne les femmes en général, nous allons le voir maintenant, dans une de ses Nouvelles, prohiber plus rigoureusement encore que par le passé l'intercession de la femme pour son mari.

Cette intercession est radicalement nulle; elle n'est susceptible d'aucune confirmation; il n'importe qu'elle ait été reçue par acte public ou privé (1).

Une seule exception est admise par Justinien pour le cas où il est clairement démontré que l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme. Et cette exception même nous indique que l'étendue de la prohibition est bien plus grande encore que celle du Velléien. En effet, ce cas étant seul excepté, il en résulte que les autres cas dans lesquels la femme gère sa propre affaire, ainsi

(1) Les innovations de Justinien, en ce qui concerne les intercessions des femmes pour leurs maris, font l'objet de la Nouvelle 134, cap. 8.

que les cas dans lesquels elle agit *animo donandi*, qui n'étaient point compris dans la règle du sénatus-consulte, tomberont sous le coup de la Nouvelle. Ainsi, malgré la loi 23, la femme qui a reçu quelque chose pour prix de son intercession ne sera pas valablement obligée. De même, l'engagement contracté par la femme dans l'intérêt de son mari, *donandi causa*, ne sera point validé, lors même que la femme aurait persisté sa vie durant dans son intention libérale.

D'une façon générale, la Nouvelle s'applique à tous les cas dans lesquels le sénatus-consulte n'était pas applicable, soit parce que l'opération ne réunissait point tous les éléments de l'intercession prohibée, soit parce qu'elle avait été exceptée pour un motif ou pour un autre de la règle du sénatus-consulte.

Que décider, lorsque, sous les apparences d'une opération faite pour son compte personnel, la femme dissimule en réalité une intercession ? Dirons-nous que, ce cas n'étant point excepté de la Nouvelle, l'opération est nulle *ipso jure* ? Je ne le pense pas. Le tiers auquel on ne défend nullement de traiter avec les femmes mariées du moment qu'elles ne s'obligent pas dans l'intérêt de leurs maris, a pu légitimement compter sur la validité de l'opération, l'apparence doit l'emporter ici sur la réalité ; et tant qu'il n'y a pas

collusion du créancier, aux yeux de la loi, comme aux yeux du tiers, il n'y a pas intercession.

J'ai dit que la Nouvelle exceptait formellement de sa prohibition le cas où il était prouvé que l'argent avait été employé dans l'intérêt de la femme. On s'est demandé si la confection d'un acte public était en pareil cas nécessaire à la validité de l'opération. J'ai à peine besoin de dire que la négative me paraît bien fondée. On ne conçoit la nécessité d'un acte public que lorsque l'opération présente pour la femme un caractère dangereux ; or, précisément il n'en est pas ainsi dans l'espèce.

Bien entendu, la Nouvelle ne s'applique pas à d'autres opérations qu'à des intercessions ; je ne l'appliquerais donc pas à un emprunt contracté conjointement par le mari et par la femme. Il en serait autrement si cet emprunt avait été fait en réalité dans le seul intérêt du mari, et encore faudrait-il que le créancier en ait eu connaissance ; car l'acte par lui-même n'emporte pas présomption d'intercession. Telle est du moins la solution qui paraît résulter de la Nouvelle ; il n'y est question, en effet, que du cas où la femme accède à un emprunt contracté par son mari et souscrit l'acte dressé à cet effet en qualité seulement d'intercedante ; *crediti instrumento consentiat aut scribat*. Il en serait autrement si, dans un emprunt fait en

commun, le mari et la femme s'obligeaient corréa-
lement. La femme ne serait alors tenue que pour
moitié, à moins que le créancier ne prouvât que
tout l'argent ait été emprunté dans l'intérêt de la
femme.

La Novelle ne s'applique pas aux intercessions
d'une veuve pour les dettes du mari prédécédé.
D'un côté, les expressions dont elle se sert pré-
supposent un mariage subsistant lors de l'in-
tercession ; d'un autre côté, les motifs de l'inno-
vation de Justinien ne conviennent point à cette
hypothèse.

Nous connaissons maintenant l'ensemble des
innovations de Justinien, et nous pouvons affir-
mer sans témérité que sous cet empereur l'inca-
pacité velléienne n'est plus, comme autrefois,
l'attestation d'une infériorité juridique de la
femme, mais forme le complément d'un ensemble
de précautions législatives, destinées à sauve-
garder la dot dans l'intérêt de la famille. A cet
égard, nous pouvons constater une fois de plus
cette remarquable tendance du législateur du
Bas-Empire à faire disparaître les inégalités qui
existaient auparavant entre l'homme et la femme
au point de vue de la loi civile.

DROIT FRANÇAIS



DANS QUELLE MESURE LA FEMME MARIÉE
CONSERVE SA LIBERTÉ D'ACTION AU
POINT DE VUE DU DROIT.

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

SECTION PREMIÈRE

*Origine, fondement, durée de l'autorisation
maritale.*

L'égalité des deux sexes devant la loi civile, proclamée pour la première fois par les codes sortis de la Révolution française, est aujourd'hui un principe fondamental de notre droit. Mais cette égalité disparaît lorsque la femme vient à s'engager dans les liens du mariage; soumise en pareil cas à l'autorité maritale, elle se trouve, pour presque tous les actes de la vie civile, frappée d'une incapacité temporaire qui commence avec le mariage et finit avec lui.

Peut-on justifier philosophiquement cette disposition de la loi moderne? C'est une question que je n'ai garde de vouloir traiter ici, et je laisse à de plus autorisés que moi le soin de la résoudre.

A Rome, nous l'avons vu, l'épouse n'a jamais été soumise à l'autorité maritale dans la gestion de ses propres affaires. La *manus*, qui conférait au mari les pouvoirs les plus étendus, n'a jamais eu pour effet d'imposer à la femme la nécessité d'une autorisation préalable; celle-ci conserva toujours sa liberté d'action, et si elle n'acquerrait rien en propre, du moins pouvait-elle s'obliger très valablement sans l'intervention de son mari (1).

J'ajoute que ni la tutelle perpétuelle des femmes inspirées par le désir de conserver les biens dans les familles, ni les nombreuses incapacités dont le législateur romain, sous l'empire de préoccupations politiques et sociales, crut plus tard devoir frapper la femme trop tôt émancipée, ne contiennent le germe de la distinction que nous faisons aujourd'hui entre la femme mariée, d'une part, et les filles et les veuves, d'autre part.

Il est vrai qu'au Bas-Empire Justinien, transformant le S.-C. Velléen, attache à la qualité de

(1) C'est du moins l'opinion que j'ai soutenue. Voyez *suprà*, p. 13 et suiv.

femme mariée une véritable incapacité, mais cette incapacité, dont le but unique est la conservation de la dot, n'offre aucune ressemblance avec l'autorisation exigée par la loi moderne. L'incapacité qui frappe aujourd'hui la femme après son mariage, repose en effet, avant tout, ainsi que nous l'allons voir, sur une idée de soumission à l'autorité maritale, à tel point qu'elle ne met pas obstacle à ce que la femme puisse s'obliger pour son mari, avec le consentement de celui-ci.

C'est aux institutions des barbares que l'autorisation maritale a été empruntée. Mais chez les Germains, qui refusaient à quiconque ne pouvait manier l'épée toute capacité civile, le pouvoir marital n'était, selon l'expression de M. Gide (1), « qu'une variété de cette puissance aux formes diverses qui, sous le nom de *mundium*, pesait sur la femme depuis sa naissance jusqu'à sa mort. »

Par quelle série de transformations successives la femme, qui, d'après les coutumes barbares, se trouvait dans une dépendance perpétuelle, n'est-elle en fin de compte demeurée soumise qu'à la seule puissance de son mari? C'est ce qu'il serait trop long d'exposer ici. Qu'il nous suffise de savoir que dans presque toutes les chartes des douzième et

(1) *Condition privée de la femme*, p. 409.

treizième siècles, c'est-à-dire à l'époque où disparaissent les guerres privées et le combat judiciaire, il n'est plus question du *mundium* ni pour les filles, ni pour les veuves (1).

Si l'origine de l'autorisation maritale n'est point douteuse, on est loin d'être d'accord sur le fondement qu'il convient de lui reconnaître.

D'après l'opinion la plus accréditée chez nos anciens auteurs, la nécessité de l'autorisation reposerait uniquement sur une idée de soumission à l'autorité du mari. C'est ainsi que Beaumanoir (2), à une époque où l'influence des lois romaines n'avait point encore altéré l'originalité primitive de notre droit coutumier, décidait que le mari *seul* pouvait faire tomber l'acte accompli sans son aveu; en conséquence, ajoutait-il : « Si tost que son baron est mort, la femme revient en sa pleine volonté. » Guy-Coquille (3) suivait le même sentiment, et Pothier (4), dans son traité de *la Puissance du mari*, écrivait : « Le besoin qu'a la femme de l'autorisation de son mari n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles

(1) Voy. toutefois Charte commun. d'Amiens, année 1190, art. 23 (Ordonn., t. XI, p. 264).

(2) XXXIX, 54.

(3) Quest. 60.

(4) *Traité de la puiss. du mari*, 3.

et les veuves, qui n'ont pas besoin d'autorisation. La nécessité de l'autorisation du mari n'est donc fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet pas à sa femme de rien faire que dépendamment de lui. »

Toutefois, les sectateurs du droit romain, dont l'influence commençait déjà à prévaloir lors de la réformation de nos coutumes, voulant trouver dans les Pandectes l'explication du pouvoir marital, s'emparèrent des textes où il était question « de l'imprudence, de la fragilité, de l'imbécillité » de la femme, et dès lors ils transformèrent l'autorité maritale en une sorte de tutelle, destinée à protéger la femme contre sa propre faiblesse (1).

Enfin quelques auteurs, parmi lesquels Lebrun (2), adoptant une opinion intermédiaire, enseignaient que la nécessité de l'autorisation n'avait pas pour unique fondement la puissance du mari, mais qu'elle avait, en outre, pour but la protection de la femme elle-même.

Que les rédacteurs du Code civil aient entendu adopter le système de Pothier et de la majorité de nos anciens auteurs, c'est ce qu'il me paraît

(1) Cpr. Bouhier, *Obs. sur la cout. Bourgogne*, ch. XIX, nos 46-51.

(2) *Traité de la comm.*, l. 2, ch. I, sect. I^{re}, n° 1. Voyez égal. Nouveau-Denizart, II, v° *Autorisation*, § 1, n° 3.

difficile de soutenir (1). La loi, en refusant au mari mineur le pouvoir d'habiliter sa femme, en imposant à cette dernière l'obligation d'obtenir l'autorisation de justice en cas d'absence ou d'interdiction du mari, en accordant enfin à la femme le droit d'invoquer la nullité des actes faits par elle sans autorisation, nous indique clairement qu'elle n'a pas voulu seulement faire respecter l'autorité du mari, mais qu'elle a entendu édicter, au moins subsidiairement, une mesure de protection.

Est-ce à dire que le législateur ait pris en considération, à un degré quelconque, l'*intérêt personnel* de la femme incapable de se protéger elle-même contre sa propre faiblesse. Je ne le crois pas davantage, et j'estime, en conséquence, que ni le second, ni même le troisième système ne sont de nature à justifier les dispositions de la loi. S'il en était autrement, il serait impossible de comprendre comment les rédacteurs du Code ont pu reconnaître au mari le droit d'autoriser la femme à contracter avec lui.

Voici quelle a été, selon moi, la pensée du législateur. Il n'importe pas seulement de faire respecter l'autorité du mari, il faut, en outre,

(1) Voy. cependant Merlin, *Quest. de droit*, t. IX, v^o *Puissance maritale*, § 4; Toullier, II, 615; Delvincourt, I, p. 75, n^o 11.

dans une certaine mesure, veiller à la prospérité de l'association conjugale, dans l'intérêt de la famille, sauvegarder, par conséquent, la fortune de la femme, à la conservation de laquelle les enfants et le mari, tout le premier, se trouvent intéressés. Voilà pourquoi le mari mineur n'est point appelé à donner son autorisation ; voilà pourquoi la justice doit être consultée, en cas d'absence ou d'interdiction du mari. Et si la femme elle-même est admise à se prévaloir du défaut d'autorisation, c'est en vertu d'un droit qu'elle est censée tenir de son mari, pour mieux assurer la défense des intérêts qui sont nés du fait même de leur mariage (1).

Etant données ces considérations générales sur le fondement de l'incapacité de la femme mariée, il est aisé d'en conclure que cette incapacité doit commencer avec le mariage et ne finir qu'avec lui. A ce propos, il convient de remarquer que quelques coutumes faisaient autrefois remonter l'incapacité de la femme à l'époque de ses fiançailles. C'est ainsi, par exemple, que l'art. 87 de la coutume d'Artois disposait que « la femme, dès qu'elle est fiancée, ne peut contracter, ni disposer de ses biens, par testament ou autrement,

(1) En ce sens, Proudhon, *Etat des personnes*, I, p. 454, Zachariæ, § 472, p. 223 ; Aubry et Rau, V, p. 138, texte et note 5, § 472 ; Demolombe, IV, 117 ; Laurent, III, 95.

sans l'autorité de son fiancé (1). » Cette puissance anticipée donnée au fiancé sur sa fiancée n'était guère justifiable, et Dumoulin n'hésitait pas à traiter d'impertinente une pareille disposition, que je n'ai signalée, d'ailleurs, que comme le résultat bizarre de certains usages locaux.

La nécessité de l'autorisation ne cesse qu'après la dissolution du mariage; elle subsiste, par conséquent, nonobstant la séparation de corps ou de biens. C'était cependant une idée jadis accréditée dans notre vieux droit coutumier, que la séparation rend la femme libre et habile (2); les art. 215 et 217 C. c. prouvent à l'évidence que les rédacteurs du Code n'ont point admis cette manière de voir. Nous verrons, toutefois, que, quoique toujours soumise à l'autorité maritale, la femme séparée n'en jouit pas moins d'une assez grande liberté d'action.

SECTION II

De la spécialité de l'autorisation considérée comme trait caractéristique de l'incapacité de la femme.

L'incapacité de la femme mariée consiste, nous le savons, dans l'obligation où elle se trouve

(1) Voy. Pothier, *Traité de la puiss. du mari*, n° 7.

(2) Cpr. cout. Montargis, ch. V, art. 6; cout. Sedan, art. 95 et 97; Dumoulin, sur la cout. Bourbonnais, art. 172 et 232.

d'obtenir l'autorisation de son mari lorsqu'elle se propose de faire un acte juridique valable.

Cette obligation pourrait devenir pour la femme une formalité peu gênante, si l'autorisation de faire certains actes pouvait lui être octroyée à l'avance, d'une façon générale. Il n'en est pas ainsi, et l'art. 223 C. c. prohibe formellement toute autorisation de ce genre.

C'est qu'en effet une pareille autorisation serait de la part du mari un abandon de l'autorité que la loi entend lui conserver, une désertion du devoir que le législateur lui impose de veiller à la prospérité de l'association conjugale.

Donc, l'autorisation doit être spéciale. Mais que faut-il entendre exactement par là ?

Il me semble que, pour trouver une réponse satisfaisante à cette question, il suffise de se rappeler ce qui a été dit sur le fondement de l'autorisation maritale. La loi veut que l'autorité du mari soit respectée ; elle veut en outre que ce dernier, gardien légal des intérêts de la famille, puisse s'opposer à la dissipation du patrimoine de la femme. Comment satisfaire à ce vœu de la loi ? En exigeant que l'autorisation ne soit jamais donnée qu'en connaissance de cause, c'est-à-dire lorsque le mari, après *examen de l'affaire*, *aura pu apprécier la portée de l'acte qu'il autorise*. Il n'y a pas, suivant moi, d'autres règles à poser, et le

principe que je viens de formuler est le seul qui doive guider le juge lorsque pareille question sera soulevée devant lui.

M. Duranton (1), traduisant le mot spécial dans le sens de déterminé, considère l'autorisation comme suffisamment spéciale lorsque les biens sur lesquels elle porte sont déterminés; ainsi, l'autorisation d'aliéner les immeubles situés dans tel département serait parfaitement valable.

Ce système trouve, dit-on, son point d'appui dans l'art. 1538 C. c., aux termes duquel l'autorisation *générale* d'aliéner *les* immeubles donnés à la femme soit par contrat de mariage, soit depuis; est nulle. On fait remarquer que la loi n'annule pas du tout l'autorisation d'aliéner *des* immeubles de la femme, mais seulement l'autorisation d'aliéner *les* immeubles, c'est-à-dire *tous* les immeubles : c'est donc cette dernière autorisation seulement qui se trouve entachée de généralité.

Je n'admets pas ce raisonnement. Que veut dire l'art. 1538 ? Que l'autorisation d'aliéner les immeubles de la femme, *lorsqu'elle est générale*, doit toujours être frappée de nullité, *lors même que les époux seraient séparés de biens*. Son but n'est point

(1) II, 449.

du tout de nous donner une sorte de définition de l'autorisation générale, mais d'abroger formellement une disposition que l'on retrouve dans plusieurs de nos anciennes coutumes, lesquelles, partant de cette idée que la séparation rend la femme libre et habile, et que, d'autre part, le contrat de mariage est le plus libre des contrats, permettaient les autorisations générales données par contrat de mariage, laissant ainsi aux époux la faculté d'atteindre par leurs stipulations un résultat que la séparation eût produit légalement (1). Et, il faut bien l'avouer, s'il suffisait à l'autorisation pour être spéciale de ne pas porter sur l'ensemble des biens de la femme, le but que s'est proposé le législateur en la frappant d'incapacité serait rarement atteint ! Une simple remarque suffira d'ailleurs à ruiner le système de notre savant adversaire. Supposons que la femme possède, ce qui n'a rien que de très naturel, tous ses immeubles dans le même département, validez-vous encore l'autorisation d'aliéner les immeubles situés dans ce département ? Évidemment non, car ce serait, pour le coup, violer ouvertement l'art. 1538. Or, il est manifeste que

(1) Voy. cout. Montargis, ch. V, art. 6 ; cout. Sedan, art. 95 et 97 ; Dumoulin, sur la cout. Bourbonnais, art. 172 et 232. Voy. toutefois Lebrun, *De la comm.*, liv. 2, ch. I, sect. IV, nos 4-7.

cette circonstance purement accidentelle ne doit pas pouvoir modifier le caractère de l'autorisation.

Mais ne devrait-on pas au moins se contenter d'une autorisation indiquant soit un certain mode d'obligation, soit un certain mode de disposition relativement à des biens individuellement désignés ? Je ne le crois pas davantage ; ainsi, je n'admettrais point comme valable l'autorisation donnée à la femme de vendre tel de ses immeubles, sans que d'ailleurs le mari se fût en aucune façon préoccupé des conditions auxquelles la vente pourrait être faite (1). On insiste cependant. On invoque les art. 1987 et 1988 C. c., desquels il résulte qu'un mandat donné dans les termes précédents serait incontestablement spécial aux yeux de la loi. D'ailleurs, ajoute-t-on, ce que le législateur a simplement entendu proscrire, ce sont les autorisations illimitées qui tendraient à rendre la femme indépendante du mari et à la soustraire entièrement à sa puissance. Enfin, n'est-il pas conforme à la raison, à l'intérêt bien entendu des époux, de reconnaître la validité d'une semblable autorisation ? Ne serait-il pas choquant, par exemple, de refuser à un mari qui prévoit une longue absence, le pouvoir d'autoriser

(1) En ce sens, Cass., 14 nov. 1840 ; Dalloz, au mot *Mariage*, n° 853-2°.

sa femme à faire certains actes qui seront peut-être rendus nécessaires par la suite des événements, mais dont il ne peut, quant à présent, régler, ni même supposer les conditions ?

Toutes ces objections ne me paraissent pas décisives, et je vais essayer d'y répondre. Il n'est guère probable que le législateur du Code civil, qui a maintenu la nécessité de l'autorisation non plus seulement dans l'intérêt de la puissance maritale, mais encore dans le but de mieux protéger les intérêts de la famille, ait entendu employer les mots d'autorisation générale dans une autre acception que celle qui était pour ainsi dire consacrée par nos anciens auteurs, surtout s'il devait résulter de cette innovation une exigence moins grande pour ce qui concerne la condition de spécialité ! Eh bien ! écoutez plutôt ! « J'estime, disait Lebrun (1), que les autorisations doivent être spéciales en chaque affaire et en chaque contrat. » Pothier (2) n'est pas moins explicite : « L'autorisation du mari doit être spéciale pour tel et tel acte. » « Il faut une autorisation expresse et spéciale, *et ad rem quæ agitur accommodata*, » disait encore d'Aguesseau dans son plaidoyer du 3 avril 1691. Enfin, commentant

(1) *De la comm.*, liv. 2, ch. I, sect. IV, n° 8.

(2) Introd. au tit. X de la cout. d'Orléans. Voy. égal. *Traité de la puiss. du mari*, n° 67.

l'art. 23 de la coutume de la Rochelle, Valin (1) écrivait : « Le pouvoir d'emprunter doit porter *jusqu'à quelle somme*, sans quoi, à moins que le prêt ne fût modique, il n'y aurait pas sûreté pour le prêteur. » Quoi de plus formel ?

L'argument que l'on essaie de tirer des articles 1987 et 1988 C. c. n'est pas sérieux, car il est manifeste que les mots *spécial* et *général* n'ont pas, dans la matière qui nous occupe, le même sens que dans le cas de mandat ; et la preuve, c'est qu'un mandat qui renfermerait le pouvoir d'aliéner *même tous* les immeubles du mandant serait certainement spécial.

On invoque contre nous l'intérêt des époux, mais cette objection ne me touche pas non plus bien fort ; car, en cas d'éloignement du mari, la justice sera toujours là pour autoriser, s'il y a lieu, des actes devenus urgents.

La doctrine que je défends, conforme à la tradition historique, n'est pas seulement la conséquence logique des principes sur lesquels repose l'autorisation maritale, elle ressort de la façon la plus certaine de l'ensemble des textes où il est traité de l'incapacité de la femme ; des art. 220 C. c. et 7 C. com., qui nous montrent cette dernière, dans le cas où elle est marchande publique,

(1) I, 68 et 69.

dispensée par exception de soumettre chaque affaire à l'examen de son mari; de l'art. 222 C. c., qui, prévoyant les hypothèses où l'autorisation de justice est appelée à remplacer l'autorisation maritale, dispose que le juge ne pourra autoriser qu'en *connaissance de cause*; de l'art. 247 C. c. enfin, qui, en exigeant une autorisation par écrit ou le concours du mari dans l'acte, nous montre que, dans la pensée du législateur, le mari doit, autant que possible, connaître tous les détails, toutes les conditions de l'acte qu'il autorise.

Mais enfin, dira-t-on, la femme n'est ni en tutelle, ni en curatelle; qu'elle soit obligée de demander à son mari l'autorisation de faire tel ou tel acte, fort bien; mais une fois la permission donnée, elle n'a plus besoin de l'assistance de son mari; c'est elle qui traite l'affaire, elle seule qui doit être juge de l'opportunité du marché comme des autres conditions.

Je réponds que sans doute la femme n'est ni en tutelle ni en curatelle, mais que la protection des intérêts matrimoniaux devait forcément imprimer à l'autorisation maritale dont elle est un des fondements, un caractère tutélaire. Et d'ailleurs, la nécessité de l'autorisation n'aurait-elle d'autre raison d'être que l'intérêt de la puissance maritale, qu'il conviendrait encore de donner la même solution.

Admettre, par exemple, comme l'a fait la cour de Poitiers (1), que la femme puisse être valablement autorisée à emprunter quand elle voudra, comme elle voudra, équivaut en réalité à dire que la femme n'aura pas besoin d'autorisation pour emprunter. Et ceci est tellement vrai, que nos anciens auteurs exigeaient presque unanimement, comme je viens de le montrer, une autorisation « *ad rem quæ agitur accommodata*, » comme disait d'Aguesseau. Combien, à plus forte raison, ne devons-nous pas aujourd'hui maintenir cette doctrine, alors que nous sommes obligés de reconnaître à la règle de l'autorisation un caractère incontestable de protection (2)!

L'autorisation perdrait-elle son caractère de spécialité, par cela seul que l'acte en vue duquel elle avait été donnée ne serait accompli par la femme qu'au bout d'un certain laps de temps? Ma réponse est toujours la même. Les circonstances qui avaient déterminé le consentement du mari subsistent-elles encore? Les conditions de l'affaire sont-elles toujours bien celles aux-

(1) Arrêt du 25 février 1823.

(2) En ce sens, Demolombe, IV, 207; Laurent, III, 413 et 414; Cass., 18 mars 1840; Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 853-1°; Metz, 7 juin 1849, D. 51, 2, 156; Caen, 27 janvier 1851, D. 52, 2, 27. *Contra*, Aubry et Rau, V, p. 153, not. 66, § 472; Req., 3 janvier 1822; Dalloz, au mot *Cont. de mariage*, n° 852-1°.

quelles il avait précédemment souscrit ? Si oui, l'autorisation est valable, si non, on devra la déclarer nulle, comme n'ayant point été suffisamment donnée en connaissance de cause (1).

Il ressort de toute cette longue discussion que la femme, pour faire un acte valable, doit préalablement consulter son mari et lui soumettre son projet. J'ajoute que c'est là ce qui caractérise l'incapacité de la femme. Si le mari pouvait, lorsqu'il le juge convenable, affranchir la femme de la nécessité de recourir à lui pour chaque affaire, elle ne se trouverait plus, à proprement parler, en état d'incapacité, car un incapable ne doit pas pouvoir agir sans assistance ; tout au plus, pourrait-on la considérer comme placée dans un certain état de dépendance vis-à-vis de son mari.

SECTION III

Plan général de mon sujet.

La femme peut se trouver, dans certains cas, dispensée de soumettre à l'approbation de son mari l'acte qu'elle prétend accomplir. C'est ce qui a lieu tout d'abord lorsque la loi, faisant elle-même exception à la règle de l'autorisation, n'a point, dans l'espèce, frappé la femme d'incapa-

(1) Cpr. Demolombe, *loc. cit.*

cité. C'est ainsi notamment que la femme, quoique mariée, peut valablement disposer de ses biens par acte de dernière volonté, révoquer une donation faite par elle à son mari.

Même résultat lorsque, la spécialité de l'autorisation cessant d'être exigée, la femme se trouve habilitée par son mari, à l'avance et une fois pour toutes, à entreprendre seule et en toute liberté toute une série d'opérations d'un certain genre. Tel est le cas de la femme marchande publique.

Enfin, il peut arriver que la femme, agissant pour le compte de son mari, ait qualité pour traiter valablement avec les tiers sans prendre avis de personne; c'est ainsi que journellement la femme passe des marchés avec les fournisseurs pour l'entretien du ménage.

Sans doute, ces trois catégories d'hypothèses conduisent à des résultats pratiques fort différents, si l'on envisage les conséquences de l'acte accompli par la femme; mais il n'en est pas moins vrai que toutes trois ont ce lien commun, de laisser à la femme sa liberté d'action, en ne l'astreignant point à consulter son mari pour chacun des actes qu'il lui plaît d'accomplir.

Etudier, en se plaçant successivement à chacun des trois points de vue que je viens de signaler, les actes permis à la femme et les conséquences qu'ils peuvent avoir sur le patrimoine

des époux, telle me paraît être la meilleure méthode pour avoir un aperçu complet de la liberté d'action laissée à la femme dans le mariage.

Complet! je me trompe. Jusqu'ici je ne me suis préoccupé que des droits de l'épouse; nous avons aussi à rechercher quels pouvoirs la loi a reconnus à la mère sur la personne et sur les biens de ses enfants, dans quelle mesure la femme se trouve, à cet égard, soustraite à l'autorité maritale. Cette question, du plus haut intérêt moral, mérite de fixer notre attention, la première; c'est par elle que je commencerai.

CHAPITRE II

POUVOIRS DE LA FEMME MARIÉE ENVISAGÉE COMME MÈRE LÉGITIME OU NATURELLE OU COMME ASCEN- DANTE

SECTION PREMIÈRE

Pouvoirs de la mère légitime.

La loi reconnaît au père et à la mère, sur la personne et les biens de leurs enfants, toute une série de droits dont l'ensemble constitue la puissance paternelle au sens large du mot.

La puissance paternelle appartient à la mère aussi bien qu'au père. Cette proposition résulte formellement des art. 371 et 372 du Code civil. Elle n'est d'ailleurs que la conséquence naturelle de l'obligation légale imposée indistinctement à chacun des époux de nourrir, élever et entretenir leurs enfants (1). Le système de notre Code civil, sur ce point, est la reproduction des idées autrefois reçues en pays coutumier, où la puissance paternelle n'avait été admise que comme une

(1) Art. 203 C. c.

suite du devoir que la nature impose aux parents d'élever leurs enfants, et non plus, comme à Rome, à titre de droit établi en faveur du père.

Mais si la puissance paternelle appartient à la mère aussi bien qu'au père, le père, durant le mariage, en a seul l'exercice (1). Il résulte de là que les pouvoirs de la femme mariée sur la personne et les biens des enfants mineurs ne peuvent jamais s'exercer que sous le contrôle et avec l'assentiment du père.

Je dois signaler toutefois quelques cas dans lesquels, par exception, la femme est appelée par la loi à jouer un rôle indépendant.

Tout d'abord, il résulte de l'art. 148 C. c. que l'enfant mineur quant au mariage doit obtenir le consentement de son père et de sa mère pour pouvoir contracter une union valable. Il est vrai que la mère appelée à se prononcer ne peut jamais donner qu'un simple avis, puisqu'en cas de dissentiment le consentement du père suffit ; mais encore faut-il que la mère ait été consultée, et l'officier de l'état civil ne peut passer outre au mariage qu'autant qu'il est justifié de l'accomplissement de cette formalité (2). La mère qui

(1) Art. 373 C. c.

(2) Delvincourt, I, p. 115 ; Duranton, II, 77, note 2 ; Vazeille, I, 119 ; Valette sur Proudhon, I, p. 396, note 6 ; Demolombe, III, 38 ; Aubry et Rau, V, p. 72, note 26, § 462.

n'aurait point été consultée pourrait évidemment dénoncer le fait à l'officier de l'état civil ; mais elle ne pourrait pas, à mon avis, former, pour ce motif, une opposition au mariage ; une pareille faculté serait trop contraire au texte de l'art. 173 C. c. (1). Encore moins pourrait-on admettre une demande en nullité de mariage, fondée sur le défaut de consultation de la mère.

La mère est également appelée à donner son avis sur l'union projetée par son enfant majeur quant au mariage ; l'art. 151 C. c. impose en effet à ce dernier l'obligation d'adresser des actes respectueux à ses père et mère. Comme dans l'hypothèse précédente, l'inobservation de cette formalité ne constitue jamais qu'un empêchement prohibitif.

Aux termes de l'art. 346 C. c., la mère a pouvoir à l'effet de consentir à l'adoption des enfants communs, et c'est ici un droit de veto absolu que la loi lui accorde, car en cas de dissentiment l'avis favorable du père serait insuffisant. Le même pouvoir est accordé à la mère en matière de tutelle officieuse, laquelle n'est d'ailleurs qu'un acheminement vers l'adoption (2).

(1) Merlin, Rép., v^o *Oppos. au mariage*, n^o 4 ; Demolombe, III, 39 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* *Contra*, Delvincourt, Duranton, Vazeille, *loc. cit.* ; Riom, 3 juin 1817, S. 18, 2, 41.

(2) Art. 361 C. c.

Je signale, en terminant cette courte énumération, le droit pour la mère d'accepter les donations entre-vifs faites à son enfant mineur (1). Ce droit qui appartient également à tout autre ascendant, se justifie par cette considération que nul ne peut être meilleur juge des questions de moralité qui s'opposeraient à l'acceptation. Mais cette acceptation faite par la mère serait impuissante, dans l'hypothèse d'une donation avec charges, à créer au profit du donateur un droit de créance contre le mineur (2).

Il peut arriver que le père, durant le mariage, ne puisse pas exercer la puissance paternelle ou qu'il en ait été déclaré déchu à la suite de certaines condamnations prononcées contre lui (3). La puissance paternelle passe alors à la mère avec tous les droits qui y sont attachés (4). Notons cependant que celle-ci n'acquiert jamais le droit de faire détenir son enfant par voie d'autorité (5). Il conviendrait également de faire remar-

(1) Art. 935 C. c.

(2) M. Bufnoir à son cours; Demolombe, XX, 181.

(3) Art. 335 C. p. *Adde* loi du 7 décembre 1874, relative aux enfants employés dans des professions ambulantes, dans Tripier, p. 1910.

(4) Art. 141 et 149 C. c. et arg. de ces articles. Cpr. Vallette sur Proudhon, II, p. 245, note *a*; Marcadé sur l'article 373, n° 1; Demolombe, VI, 296; Aubry et Rau, VI, p. 77, § 550.

(5) Art. 381 C. c.

quer que, quoique investie de l'administration des biens de ses enfants mineurs de dix-huit ans, la mère ne peut point en conserver les revenus, car ils sont exclusivement attribués au père pendant toute la durée du mariage (1). Mais c'est là un point sur lequel je n'ai pas à insister, mon but étant de rechercher les actes que la femme a qualité pour faire seule, et non pas les avantages auxquels elle peut prétendre.

Même en dehors de ces hypothèses, il faut reconnaître aux tribunaux le droit d'intervenir dans l'intérêt des enfants, et de les soustraire plus ou moins complètement à la puissance du père qui ferait mauvais usage de son autorité (2). La mère pourrait alors, à supposer qu'elle vécût de fait séparée de son mari, se trouver appelée à exercer certains attributs de la puissance paternelle.

En général, les juges se borneront à enlever au père la garde de ses enfants ; mais si les circonstances l'exigeaient impérieusement, on pourrait aller plus loin, et retirer au père jusqu'à

(1) Art. 384 C. c., arg. des mots « le père durant le mariage. »

(2) Arg. art. 267 et 302 C. c. Ajoutez qu'il en était déjà ainsi dans l'ancien droit. Voy. en ce sens Demolombe, VI, 371 ; Aubry et Rau, VI, p. 77 et 78, § 550 ; M. Duverger à son cours ; rej., 27 janv. 1879, S. 79, 1, 464. Les travaux préparatoires confirment également cette manière de voir. Consult. Fenet, X, 485.

l'administration dont il se serait rendu indigne par sa négligence ou son incapacité, car il est inadmissible qu'il puisse impunément dilapider la fortune de ses enfants (1).

Si les pouvoirs de la mère sur la personne et sur les biens des enfants communs s'effacent en général devant l'autorité du père de famille, il n'en est plus de même si l'on se place dans l'hypothèse d'enfants d'un premier lit. Ici la règle est au contraire que la puissance paternelle appartient à la mère et qu'elle en a seule l'exercice (2). Toutefois, il eût été imprudent de laisser des pouvoirs trop étendus à la femme soumise à l'influence d'un nouveau mari, aussi la loi décide-t-elle que la mère qui contracte un second mariage perd de plein droit deux des attributs de la puissance paternelle, le droit de jouissance légale (3) et le droit de correction (4). En ce qui concerne ce dernier droit, il convient de remarquer que, dans le cas où la tutelle aurait été conservée à la mère remariée, elle pourrait alors, en qualité de tutrice, requérir la détention de ses

(1) Demolombe, VI, 429; Valette sur Proudhon, II, 283, note a; Cass., 16 décembre 1829, S. 30, 1, 126; 20 juin 1843, S. 43, 1, 631.

(2) Merlin, Rép., v° *Empêch. de mariage*, § 3, art. 2, n° 10; Aubry et Rau, V, p. 144, § 472.

(3) Art. 386 C. c.

(4) Art. 381 C. c.

enfants d'un premier lit, si elle y était autorisée par le conseil de famille (1). Les pouvoirs de la mère remariée se trouvent encore amoindris à un troisième point de vue. L'art. 399 lui enlève en effet le droit de choisir un tuteur testamentaire aux enfants issus de son premier mariage. Toutefois, lorsque la mère remariée et maintenue dans la tutelle aura fait choix d'un tuteur testamentaire, ce choix sera maintenu lorsqu'il aura reçu l'approbation du conseil de famille (2).

A part ces quelques restrictions, on peut dire que la femme mariée exerce sur les enfants d'un premier lit la puissance paternelle et tous les droits qui en découlent. La loi lui confie notamment la garde et l'éducation de ces enfants, sauf toujours pour les tribunaux le droit d'intervenir et de prendre les mesures que l'intérêt des enfants réclamerait impérieusement (3). Signalons encore le droit pour la mère de consentir à leur mariage (4) ou d'y former opposition (5); le droit d'être consultée lorsqu'ils ont atteint l'âge requis pour se marier par eux-mêmes (6); le droit de

(1) Art. 468 C. c. En ce sens, Demolombe, VI, 346; Aubry et Rau, VI, p. 80, note 48, § 550.

(2) Art. 400 C. c.

(3) Voy. ce que j'ai déjà dit à cet égard, p. 140.

(4) Art. 148 C. c.

(5) Art. 173 C. c.

(6) Art. 151 C. c.

consentir à leur adoption (1), et de les émanciper (2); le droit enfin d'accepter les donations qui leur seraient faites (3).

Il peut arriver que la mère, quoique remariée, soit tutrice d'enfants d'un premier lit (4). Est-ce à dire qu'elle puisse remplir de pareilles fonctions sans l'assentiment de son mari? Je ne le pense pas et voici comment je raisonne. Deux hypothèses sont possibles. Tout d'abord, il peut arriver que le conseil de famille, convoqué avant la célébration du mariage, ait conservé la tutelle à la femme en lui adjoignant pour cotuteur son futur mari (5). Dans cette hypothèse, il ne me paraît pas exact de dire que la femme ait pu assumer la responsabilité d'une gestion sans autorisation de son mari, par la raison bien simple que la décision prise à cet égard est intervenue antérieurement au mariage, et que, dans tous les

(1) Art. 346 C. c. *Adde* art. 361 pour la tutelle officieuse.

(2) Art. 477 C. c.

(3) Je fais ici allusion à la disposition de l'art. 935-3°. Ajoutons que si la mère remariée et maintenue dans la tutelle voulait accepter, non plus en sa qualité de mère, mais en sa qualité de tutrice (la chose, nous l'avons dit plus haut, n'est pas indifférente dans l'hypothèse d'une donation avec charges), elle devrait alors obtenir l'autorisation du conseil de famille, conformément aux art. 463 et 935-4° C. c., combinés. Cpr. Demolombe, XX, 181.

(4) Art. 395 C. c.

(5) Art. 395 et 396 C. c.

cas, le mari nommé coluteur, et par conséquent informé de ces événements, a, au moment même où il acquérait l'autorité maritale, donné un consentement tacite au maintien de la femme dans la tutelle (1).

Mais on peut supposer que la mère, par ignorance ou par tout autre motif, ait négligé de remplir les formalités prescrites par l'article 395. En pareil cas la loi la déclare de plein droit déchuë de la tutelle. Cependant il peut se faire que le conseil de famille appelé à désigner un nouveau tuteur fasse porter son choix sur la mère. Que ce choix soit valable, c'est ce qui est très généralement admis (2). Il est en effet peu vraisemblable que l'inobservation d'une formalité, que peut-être elle ignorait, puisse enlever à la femme la capacité que la loi lui reconnaît d'être tutrice de ses enfants (3). La question se pose alors de savoir si la femme pourra accepter la tutelle sans autorisation. Je réponds sans hésiter négativement. Il est certain en effet que, même

(1) Cpr. Duranton, II, 500.

(2) En ce sens, Duranton, III, 427 ; Demolombe, VII, 130 ; Aubry et Rau, I, p. 408, texte et note 33, § 99 *bis*. La suppression de l'art. 12 du projet primitif, aux termes duquel la tutelle ne pouvait être conservée à la mère en pareil cas, me paraît fournir un argument décisif. Cpr. Fenet, X, p. 572.

(3) Cette capacité résulte non seulement de l'art. 390 C. c., mais encore de l'art. 442 C. c., lequel consacre d'une façon générale le droit pour la mère d'être nommée tutrice.

dans cette seconde hypothèse, la mère ne saurait exercer les fonctions de tutrice sans avoir pour cotuteur son nouveau mari (1); or il me paraît bien impossible que cette cotutelle lui soit imposée par la seule volonté de sa femme, il faut donc qu'il l'accepte, et alors cette acceptation est une autorisation (2). Même en laissant ce point de vue de côté, je ne pense pas que la femme puisse engager sa responsabilité personnelle par l'acceptation de fonctions qu'elle n'était nullement tenue d'accepter. Qu'on ne dise pas qu'il y a là obligation légale (3), et par conséquent capacité pour la femme de remplir cette obligation sans autorisation! Encore une fois, la loi n'impose pas la tutelle à la femme, elle la déclare simplement capable de la gérer, alors qu'en général les femmes même autorisées sont absolument incapables d'être tutrices; mais ce n'est pas à dire que, pour accepter cette tutelle, la femme soit dispensée d'obtenir l'autorisation de son mari, conformé-

(1) Cpr. art. 396 C. c. Cette solution s'impose quelles que soient les circonstances par suite desquelles la femme se trouve exercer les fonctions de tutrice. Il importe, en effet, que le nouveau mari, dont la loi redoute l'influence sur la femme, n'en puisse pas faire usage au détriment des enfants. Voy. cependant Marcadé sur l'art. 442, n° 3.

(2) Cpr. Duranton, II, 500.

(3) Demolombe, IV, 176; Aubry et Rau, V, p. 142 note 21, § 472.

ment à la règle générale posée par l'art. 217. Je maintiens donc que dans tous les cas la femme ne peut jamais agir que de concert avec son mari, soit pour conserver ses fonctions, soit pour accepter la tutelle dont elle aurait été légalement déchuë (1).

En ce qui concerne les actes de gestion, il est bien entendu que le mari en sa qualité de cotuteur, solidairement responsable, aura toujours le droit d'intervenir, et je ne crois même pas que la femme ait qualité pour agir isolément. J'estime avec M. Demolombe (2) que toutes les mesures devront être prises par les époux en commun, sauf intervention du conseil de famille et même de la justice en cas de dissentiment.

Ma conclusion est donc que la gestion d'une tutelle n'affranchit à aucun point de vue la femme de l'autorité maritale. Si je me suis si longuement étendu sur ce sujet, c'est que j'ai rencontré l'opinion contraire formulée en quelques lignes, par

(1) En ce sens, Duranton, II, 500; Laurent, III, 400. *Contra*, Demolombe, IV, 476; Aubry et Rau, V, p. 142, note 21, § 472.

(2) Demolombe, VII, 436. En ce sens également, Aubry et Rau, I, p. 440, texte et note 39, § 100. MM. Magnin, I, 458-461, et de Fréminville, I, 34 et 474, estiment que le mari, en vertu du droit d'administration qui lui compete sur les biens de sa femme, a seul qualité pour gérer la tutelle.

les auteurs les plus considérables (1), tandis qu'il m'a semblé, au contraire, que la question était complexe et qu'il était utile de l'envisager sous ses différents aspects.

SECTION II

Pouvoirs de la mère naturelle.

Nous venons d'examiner dans quelles limites la qualité de mère légitime pouvait soustraire la femme à l'autorité du mari ; la même question se présente à notre examen dans l'hypothèse d'une filiation simplement naturelle.

Notons tout d'abord un premier point : je veux parler du droit pour la femme mariée de reconnaître un enfant naturel sans autorisation. Cette faculté résulte très certainement des termes de l'art. 337 C. c., qui, en autorisant la reconnaissance d'un enfant naturel par l'un des conjoints, n'établit à cet égard aucune différence entre le mari et la femme. Quant aux conséquences d'une reconnaissance ainsi faite, je vais essayer de les résumer le plus brièvement possible.

Le principe écrit dans la loi, c'est qu'elle ne pourra nuire ni au mari, ni aux enfants issus du

(1) Voy. notamment Demolombe, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, *loc. cit.*

mariage. En conséquence, l'enfant naturel reconnu ne pourra pas réclamer dans la succession de sa mère, au détriment d'enfants communs, la part héréditaire à laquelle il aurait droit aux termes de l'art. 757 C. c. Il faut admettre également que, même en l'absence de postérité légitime, il ne pourrait pas davantage prétendre à la succession maternelle, au préjudice des droits du conjoint survivant. Il est vrai que l'art. 337-2^o porte que la reconnaissance produira son effet après la dissolution du mariage, *s'il n'en reste pas d'enfants* ; mais il me paraît plus sûr de considérer ce deuxième alinéa moins comme une dérogation au principe posé dans le commencement de l'article que comme un développement incomplet de ce même principe (1). Ce que je dis de la succession déférée au conjoint survivant doit être étendu aux avantages qui lui étaient assurés par contrat de mariage. Ici le doute n'est plus possible, car il y avait droit acquis avant que la filiation naturelle n'apparût, et c'est assurément le cas d'appliquer la disposition du premier alinéa de notre article dans toute son étendue (2). Mais l'enfant naturel pourrait

(1) En ce sens, Marcadé sur l'art. 337-2^o ; Demolombe, V, 475 ; Aubry et Rau, VI, p. 184, texte et note 7, § 568 *quater*. Cpr. égal. Nîmes, 6 juin 1877, S. 79, 79, 1, 340.

(2) M. Duverger a son cours. Cpr. égal. Sirey, 79, 1, 337, note.

très bien, le cas échéant, faire réduire les donations faites au mari pendant le mariage. Et en effet, il paraît assez naturel de supposer que la mère puisse par une reconnaissance opérer indirectement la révocation partielle d'avantages qu'elle eût été maîtresse de révoquer directement et pour le tout. La même solution devrait être adoptée au cas de dispositions testamentaires (1). En sens inverse, l'enfant naturel ne pourrait conserver les dispositions à titre gratuit à lui faites au préjudice des enfants communs et du mari. Il est en effet défendu, aux termes de l'art. 908 C. c., de rien faire avoir à l'enfant naturel au delà de la part héréditaire à laquelle il pourrait prétendre ; or, nous l'avons vu, cette part se réduit à zéro en présence du conjoint ou d'enfants communs (2).

La reconnaissance d'un enfant naturel crée à la charge de la femme une obligation alimentaire. Cette obligation contractée sans autorisation ne pourra s'exécuter, ainsi que je le démontrerai

(1) Marcadé sur l'art. 337, n° 3; Demolombe, V, 476; Aubry et Rau, VI, p. 184, note 8, § 568 *quater*.

(2) Cpr. art. 908, 337 et 338 C. c. combinés; Poitiers, 5 mai 1858, S. 58, 2, 420; Aubry et Rau, VI, p. 184, texte et note 9, § 568 *quater*. Consult. égal. Sirey, 79, 1, 338, note; Demolombe, V, 475 *in fine*. Voyez cependant Allemand, *Du mariage*, II, 851; Req. rej., 28 mai 1878, S. 79, 1, 343.

d'une façon générale dans la section V du chapitre III, au préjudice du droit d'usufruit qui compéterait au mari sur tout ou partie des biens de la femme (1). Mais rien n'empêcherait l'enfant naturel de poursuivre, pendant le mariage, le paiement des aliments que sa mère lui doit, sur la pleine propriété des biens dont elle a conservé l'administration et la jouissance, et notamment sur ses paraphernaux (2). Il serait même autorisé à réclamer contre sa succession l'acquittement de cette dette ; le but de l'art. 337 étant de garantir l'intégrité des droits assurés aux enfants et au mari, et non de les soustraire aux obligations que la qualité d'héritiers leur impose (3). Il y aurait toutefois à se préoccuper ici de la question de de transmissibilité de la dette alimentaire ; mais cette discussion m'entraînerait trop en dehors des limites de mon sujet, je me borne à la signaler (4). Au reste, à quelque parti que l'on s'arrête, il me paraît difficile de ne pas admettre

(1) Demolombe, V, 472; Aubry et Rau, VI, p. 185, § 568 *quater*.

(2) Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Req. rej., 27 août 1811, S. 12, 1, 13.

(3) Duranton, III, 252; Delvincourt, I, 244; Aubry et Rau, *loc. cit.* et note 13; Paris, 12 juin 1809, S. 12, 2, 356; Agen, 13 mars 1817, S. 17, 2, 281. *Contra*, Demolombe, V, 473.

(4) Voy. la question dans Demolombe, IV, 40-42.

le créancier à réclamer contre la succession les aliments auxquels il aurait eu droit du vivant du *de cujus* et qui ne lui auraient pas encore été payés (1). Il faudrait donc, au moins dans ces limites, accorder une action à l'enfant naturel.

La femme pourrait très certainement reconnaître, pendant le mariage, l'enfant qu'elle aurait eu antérieurement de son mari lui-même. Seulement, en pareil cas, toutes les restrictions que j'ai signalées comme accompagnant la reconnaissance s'évanouiraient, du moment qu'à une époque quelconque, voire même après la dissolution du mariage, la filiation de l'enfant par rapport au mari viendrait à être établie (2).

Et maintenant, quels pouvoirs reconnaitrions-nous à la femme mariée sur la personne et sur les biens de son enfant naturel ?

Je supposerai d'abord, ce qui sera l'hypothèse de beaucoup la plus commune, que l'enfant n'a été reconnu que par la femme. Il est en effet vraisemblable que, si l'enfant était issu des œuvres du mari, les deux conjoints n'eussent pas manqué de le reconnaître l'un et l'autre, avant le mariage,

(1) Cpr. Demolombe, *loc. cit.*

(2) Duranton, III, 248 et 249; Delvincourt, I, 242; Marcadé sur l'art. 337, n° 6; Demolombe, V, 468 et 469; Aubry et Rau, VI, p. 185 et 186, § 568 *quater*. *Contra*, Lassaulx, II, p. 184.

afin de lui assurer le bénéfice de la légitimation. Ceci posé, abordons les textes relatifs à notre sujet. Ces textes sont au nombre de deux (1).

Nous trouvons d'abord l'art. 158 C. c., duquel il résulte que la mère naturelle jouit, en ce qui concerne le droit de consentir au mariage de son enfant, ou d'être consultée par lui à ce sujet, des mêmes pouvoirs que la mère légitime.

Le second texte auquel j'ai fait allusion est l'art. 383 du C. c. qui étend aux père et mère naturels, en ce qui concerne le droit de correction, les dispositions des art. 376, 377, 378 et 379 du même Code. On peut soutenir, en argumentant de l'énumération de ces quatre articles, que la mère naturelle, quoique mariée, ne perd pas le droit de correction. Que ce droit appartienne à la mère naturelle, non mariée, c'est ce dont il n'est pas permis de douter en présence de l'art. 383, qui parle des père et mère naturels. D'un autre côté, comme cet article ne renvoie pas à l'art. 382, mais seulement à des textes se référant au père légitime non remarié (2), il faut en conclure, dit-on, que la mère naturelle aura toujours, mariée ou non, le droit de correction, et qu'elle pourra

(1) Je laisse de côté les art. 756 et s. C. c., qui sont en dehors de mon sujet.

(2) L'art. 380, qui s'occupe du père remarié, n'est pas en effet compris dans l'énumération de l'art. 383.

l'exercer par voie d'autorité (1). Que cette solution soit conforme à la lettre de la loi, je le veux bien ; mais que telle ait été en réalité la pensée du législateur, je me refuse à le croire. Je ne vois pas pourquoi la mère naturelle mariée ne serait pas assimilée à la mère légitime remariée. N'y a-t-il pas dans les deux cas même raison de décider ? N'est-il pas aussi à craindre que le mari n'use de son influence sur la femme au détriment de l'enfant ? et le danger n'est-il même pas plus grand dans notre hypothèse ? Et c'est précisément alors que l'autorité maternelle devrait être surveillée de plus près que vous voudriez accorder à la femme le droit de correction par voie d'autorité, alors qu'un pareil pouvoir n'appartient jamais à la mère légitime, même non remariée ! Franchement, c'est exorbitant ! Sans doute le législateur ne renvoie pas formellement à l'art. 381, mais est-ce à dire que nous ne puissions pas argumenter par analogie de cet article ? Je serais fort porté à croire, pour ma part, que ce qui a empêché les rédacteurs du Code de comprendre dans leur énumération l'art. 381, est bien plutôt une question de mots qu'une question de

(1) Voy., en ce sens, Proudhon, II, p. 248-250 ; Duranton, III, 360 ; Aubry et Rau, VI, p. 210, § 571. Cpr. le discours au Corps législatif du tribun Albisson. Locré, *Législ.*, VII, p. 88, n° 7.

fond. L'art. 381, parlant de la mère remariée, ne peut pas s'adapter textuellement à notre hypothèse, où la question de savoir si le droit de correction est ou non conservé, s'élève non plus dans le cas d'un second, mais bien d'un premier mariage. Et c'est probablement le même motif qui doit nous expliquer le silence de l'art. 383 en ce qui concerne l'application de l'art. 380. Quoiqu'il en soit d'ailleurs de cette explication, il est certain que la rédaction de l'art. 383 a eu pour véritable but, en renvoyant seulement aux articles qu'il énumère, de refuser aux parents naturels le droit de jouissance légale qui, d'après l'art. 6 du projet, leur était accordé comme aux père et mère légitimes (1). Refusons-leur donc ce dernier droit, mais appliquons-leur les dispositions relatives au droit de correction telles qu'elles se trouvent écrites dans le titre de la puissance paternelle, auquel l'article du projet se bornait à renvoyer en bloc (2).

Faut-il s'en tenir aux deux textes que j'ai viens d'indiquer et refuser à la mère naturelle tous les autres droits que nous avons reconnus à la mère

(1) Locré, *Lég. civ.*, VII, p. 14.

(2) En ce sens, Delvincourt, I, p. 250-252; Valette sur Proudhon, II, p. 249, note a, et p. 250, note a; Marcadé sur l'art. 383, n° 3; Demolombe, VI, 638-647.

légitime? Je ne le pense pas (1). Il est tout d'abord manifeste qu'en accordant aux père et mère naturels le droit de correction, le législateur nous indique implicitement qu'il leur reconnaît les droits de garde et d'éducation, le premier de ces droits n'étant en définitive qu'un moyen destiné à faciliter l'exercice des deux autres. Sans doute l'article 383 ne renvoie pas formellement à l'art. 372, mais nous savons qu'il ne faut pas s'attacher trop étroitement à l'énumération de cet article dont le véritable but a été de refuser aux père et mère naturels le droit de jouissance légale. J'ajoute que les père et mère naturels étant chargés par la loi d'élever leur enfant (2), il faut bien leur reconnaître les moyens de remplir ce devoir (3). Bien entendu, les tribunaux auront toujours le droit d'intervenir. Cette intervention qui, en présence de la mère légitime, ne peut être admise que si l'intérêt de l'enfant le réclame impérieusement, pourra s'exercer ici de la manière la plus large. La loi ne peut pas en effet accorder aux

(1) Voy. cep. Rolland de Villargues, *Des enf. nat.*, nos 290-302.

(2) Tout le monde reconnaît, en effet, que l'art. 203 C. c. est applicable aux père et mère naturels. Les dispositions contenues dans les art. 762-764 C. c., relatifs aux enfants incestueux ou adultérins, fournissent un argument *à fortiori* à l'appui de cette solution.

(3) Demolombe, VI, 615 et 617; Aubry et Rau, VI, p. 210, texte et note 7, § 571.

parents naturels la même confiance qu'aux parents légitimes, et c'est probablement pour laisser au juge toute latitude à cet égard que le législateur n'a voulu formuler aucune règle (1).

On accorde généralement à la mère naturelle le droit de s'opposer à l'adoption de son enfant ou à sa soumission à une tutelle officieuse. L'article 158 C. c. fournit, en effet, à l'appui de cette solution, un argument d'analogie très puissant. Pour la même raison, la mère naturelle doit être admise à former opposition au mariage (2).

Faut-il reconnaître à la mère naturelle le droit d'émanciper son enfant ? J'admets l'affirmative. Les père et mère naturels ont en effet, comme nous venons de le voir, les principaux attributs de la puissance paternelle, il est juste qu'ils puissent mettre un terme à cette puissance en émancipant celui qui s'y trouve soumis (3). Toutefois, si la garde de l'enfant avait été retirée à la mère, il y aurait lieu d'examiner si l'émancipation n'a pas été accordée dans un but nuisible aux inté-

(1) Demolombe, VI, 621 ; Aubry et Rau, *loc. cit* ; Lyon, 8 mars 1859, S. 60, 2, 431.

(2) Demolombe, VI, 610, 611, 612 ; Aubry et Rau, VI, p. 212, § 571.

(3) Valette, *Explic. som.*, p. 309 ; Demolombe, VIII, 373 et 375 ; Aubry et Rau, VI, p. 214, § 571 ; Limoges, 21 janvier 1821, S. 21, 2, 322. *Contra*, Rolland de Villargues, *Des enf. nat.*, 302.

rêts de l'enfant, et notamment pour l'arracher des mains auxquelles il avait été confié (1).

Il faut appliquer à la mère naturelle la disposition de l'art. 935-3° C. c., et lui reconnaître qualité à l'effet d'accepter les donations faites à son enfant mineur (2).

J'ai déjà dit que le but de l'art. 383 avait été de refuser aux parents naturels le droit de jouissance légale. J'ajoute qu'il ne peut pas être question davantage pour la mère naturelle d'administration légale (3), cette administration étant exclusivement réservée au père légitime durant le mariage. Mais la mère naturelle serait certainement capable de gérer, en qualité de tutrice, la fortune advenue à son enfant mineur : l'article 442 C. c. excepte en effet, dans les termes les plus généraux, la mère de l'incapacité qui frappe les femmes en matière de tutelle.

Est-ce à dire qu'à l'instar de la mère légitime, la mère naturelle doit être considérée comme tutrice légale? Pour l'affirmative on invoque par analogie les art. 158, 383, 765 C. c.; on ne comprendrait pas que la loi qui reconnaît aux parents

(1) Demolombe, VI, 405, et VIII, 374; Cass., 4 avril 1865, S. 65, 4, 257.

(2) Voy. Aubry et Rau, VI, p. 214, § 571.

(3) Demolombe, VI, 650; Marcadé sur l'art. 389, n° 2. Cpr. cependant Toullier, II, 1073.

naturels des droits si importants sur la personne et les biens de leurs enfants, ne les eût pas investis de la tutelle. Il est vrai que l'art. 390 C. c. qui consacre la tutelle légale des père et mère, ne vise expressément que les père et mère légitimes, mais ce n'est pas à dire qu'il ne puisse être étendu aux parents naturels. L'absence de mariage entre ces derniers ne met pas obstacle à cette extension, car la tutelle légale établie par l'article 390 ne commence précisément qu'après la dissolution du mariage. L'article 405 C. c. confirme d'ailleurs cette manière de voir; il dispose, en effet, qu'il n'y a lieu à tutelle dative, qu'autant que l'enfant est resté sans père ni mère. Donc, lorsque l'enfant a encore son père ou sa mère légitime ou naturel, car la loi ne distingue pas, la tutelle n'est point dative, mais légale (1).

J'incline pour la négative. Pour être légale, une tutelle doit être établie par un texte de loi; or, de texte il n'y en a pas. Il est impossible d'appliquer par analogie l'art. 390, qui se réfère exclusivement aux père et mère légitimes, sans que cette extension soit justifiée par une disposi-

(1) Delvincourt, I, p. 296; Vazeille, *Du mariage*, II, 478; Aubry et Rau, VI, p. 213, § 571; Civ. rej., 22 juin 1813, S. 13, 1, 281; Req. rej., 1815, S. 15, 1, 361; Cass., 20 avril 1850, S. 50, 1, 702; Douai, 15 mars 1865, S. 66, 2, 96; Trib. de la Seine, 19 mai 1868, dans le *Droit* du 28 mai de la même année.

tion de la loi, nous renvoyant à l'application de cet article; or, je le répète, une semblable disposition ne se trouve nulle part.

L'argument tiré de l'art. 405 n'est nullement décisif. Cet article dispose qu'il y a lieu à tutelle dative, lorsqu'il n'y a ni tutelle testamentaire ni tutelle légale; mais évidemment il entend se référer, pour savoir s'il y a ou non tutelle légale, aux dispositions qui précèdent; or, aucune d'entre elles ne consacre le droit des père et mère naturels. J'ajoute que si le législateur n'a pas établi de tutelle au profit des parents naturels, c'est qu'il avait de très bonnes raisons pour agir ainsi. N'était-il pas à craindre en effet que ces parents s'acquittassent souvent fort mal d'une pareille mission? A quoi bon dès lors les investir de fonctions, pour être ensuite obligé de les leur retirer? S'ils sont véritablement dignes de confiance, le conseil de famille ne manquera pas de leur offrir la tutelle que la loi par prévoyance ne leur avait pas décernée de plein droit (1).

Supposons maintenant que la mère ayant été nommée tutrice vienne à se marier; lui applique-

(1) Demolombe, VIII, 385; Valette sur Proudhon, II, p. 490, et *Explic. som.* du livre I^{er}, p. 233; Marcadé, art. 390, n° 2; Demante, II, n° 138 *bis*. Il y a des arrêts d'appel en ce sens; voy., notamment Lyon, 8 mars 1859, S. 60, 2, 431; Rennes, 9 janvier 1867, S. 69, 2, 135.

rons-nous les art. 395 et 396 C. c.? L'affirmative n'est guère douteuse dans le système de ceux qui admettent l'existence d'une tutelle légale au profit des parents naturels (1), mais la question est beaucoup plus délicate si l'on se refuse à adopter cette opinion; car si l'art. 390 n'est pas applicable par analogie aux père et mère naturels, on ne voit pas bien pourquoi il en serait autrement des art. 395 et 396. Je crois néanmoins que ces articles devront être appliqués. Le vœu de la loi est que la femme ne puisse pas en se mariant conserver la tutelle, si le mari ne partage pas avec elle la responsabilité de la gestion. Cette disposition protectrice ne doit-elle pas être plus que jamais observée, lorsque le pupille est un enfant naturel pour lequel le mari n'éprouvera vraisemblablement qu'une bien faible sympathie (2)?

J'ai déjà dit qu'à mon avis, il ne fallait pas faire rentrer le cas où la femme conserve la tutelle, nonobstant son second mariage, parmi ceux dans lesquels elle se trouve affranchie de l'autorité maritale, soit parce qu'il s'agit là d'un événement antérieur au mariage, soit, en tout cas, parce que le mari a ensuite par le fait seul de son union donné une approbation tacite à l'action de

(1) Voy. cependant Taulier, II, p. 22.

(2) Demolombe, VIII, 387; Caen, 22 mars 1860; S. 60, 2, 610; Cass., 28 mai 1815, S. 15, 1, 361.

sa femme (1). La même observation serait à faire ici.

Mais que décider si la tutelle venait à être offerte à la mère naturelle pendant le cours du mariage ? La chose est évidemment possible soit qu'il s'agisse de rendre (2) à la femme des fonctions dont elle aurait été déchue pour ne s'être pas conformée aux prescriptions de l'art. 393 C. c., soit que celle-ci se trouve seulement alors appelée pour la première fois à la tutelle, son enfant n'ayant été reconnu par elle qu'après le mariage ou n'ayant acquis de biens personnels que postérieurement à cette époque. Mon opinion est qu'il faut refuser à la femme le droit d'accepter la tutelle sans autorisation. La mère naturelle est en effet parfaitement libre de refuser ; ce que la loi nous dit à ce propos de la mère légitime doit lui être étendu par *à fortiori*. L'acceptation de la tutelle est en conséquence un acte parfaitement volontaire de la part de la femme pour lequel elle doit être soumise à la nécessité de l'autorisation maritale. Et il n'y a même pas à objecter ici l'existence d'une obligation légale, car ce n'est plus la loi, mais le conseil de famille qui confie à la mère les fonctions de tutrice (3).

(1) Voy. *suprà*, p. 143.

(2) L'art. 442 C. c. reconnaît en effet à la mère la capacité d'être tutrice, sans distinguer si elle est légitime ou naturelle, veuve ou mariée.

(3) Voy. *suprà*, p. 143.

En ce qui concerne la gestion de la tutelle, je ne crois pas davantage que la femme soit dispensée de consulter son mari, car, ce dernier étant alors nécessairement cotuteur, toutes les mesures devront être prises en commun (1).

Enfin, et c'est par cette observation que je termine, je refuserais à la mère mariée et maintenue dans la tutelle le droit de soumettre à l'approbation du conseil de famille, à l'effet d'en assurer l'efficacité, le choix qu'elle aurait pu faire d'un tuteur testamentaire. C'est là un droit exceptionnel qui, en l'absence d'un texte formel, ne saurait lui appartenir (2).

Il peut arriver, le cas se présentera beaucoup moins souvent dans la pratique, que la filiation se trouve établie non seulement par rapport à la femme, mais aussi par rapport au mari. En pareille circonstance, il y a lieu de se demander si la puissance paternelle, dans les limites que nous lui avons assignées, appartient alors concurremment aux deux conjoints, ou si le père seul, comme dans l'hypothèse d'une filiation légitime, se trouve appelé à exercer l'autorité. L'art. 158 C. c. tran-

(1) Voy. *suprà*, p. 146.

(2) En ce sens, Demolombe, VIII, 386; Ducaurroy, Bonnier et Roust., I, 585. *Contra*, Aubry et Rau, VI, p. 214, § 571; Taulier, II, 22; Trib. de la Seine, arrêt précité du 19 mai 1868, journal *le Droit* du 28 mai de la même année.

che la question dans ce dernier sens, en ce qui concerne le droit de consentir au mariage de l'enfant. Ainsi, lorsque le mari sera présent et capable de manifester sa volonté, la femme ne pourra donner qu'un simple avis. Faut-il étendre par analogie cette disposition de l'art. 158? J'inclinerais à le penser (1), et, en conséquence, j'accorderais au père naturel, à l'exclusion de la mère, les droits dont l'exercice est réservé au père légitime pendant le mariage. On pourrait objecter que l'art. 383 C. c., qui reconnaît aux parents naturels le droit de correction, ne renvoie pas à l'art. 373 C. c., qui attribue au père seul l'exercice de la puissance paternelle. Mais j'ai déjà dit que, à mon sens, il ne fallait pas s'attacher à l'énumération de l'art. 383.

Hâtons-nous, d'ailleurs, d'ajouter que la question ne présentera jamais un bien grand intérêt pratique, puisqu'on reconnaît, dans tous les cas, aux tribunaux les pouvoirs les plus étendus à l'effet de confier à qui bon leur semble la garde et l'éducation de l'enfant (2). Je me suis expliqué

(1) En ce sens, Demolombe, VI, 622; Aubry et Rau, VI, p. 211, texte et note 8. § 571; Valette sur Proudhon, II, p. 218, note a; Marcadé sur l'art. 383, n° 2; Taulier, I, p. 486. *Contra*, Delvincourt, I, p. 251; Toullier, II, 1076; Duranton, III, 360. Vazeille, *Du mariage*, II, p. 474; Duc., Bon., Roust., I, 562; Riom, 26 juillet 1854, S. 55, 2, 13.

(2) Voy. Demolombe, VI, 626-629; Aubry et Rau, *loc.*

sur ce point (1) et je n'insiste pas. Je ferai seulement remarquer que, dans notre hypothèse, les père et mère naturels étant unis par les liens du mariage, il semble qu'il y ait un motif de plus de donner l'autorité au père, qui est en même temps le mari ; et même en ce qui concerne la garde de l'enfant, on ne voit pas bien comment elle pourrait appartenir à la mère, à moins de supposer que les époux ne vivent en fait séparés.

SECTION III

Des ascendantes

Nous connaissons les pouvoirs qui appartiennent à la femme mariée en sa qualité de mère légitime ou naturelle ; il nous reste maintenant à dire quelques mots des ascendantes.

A défaut des père et mère l'un et l'autre décédés ou hors d'état de manifester leur volonté, le droit de consentir au mariage passe aux ascendants (2). Le plus souvent l'ascendante mariée, en la supposant la plus proche en degré dans l'une des deux lignes, n'aura que le pouvoir d'émettre

cit. ; Valette sur Proudhon, *loc. cit.* ; Marcadé, *loc. cit.* ; Taulier, *loc. cit.*

(1) *Suprà*, p. 155.

(2) Art. 150 C. c.

un simple avis. Toutefois, dans le cas où il n'existerait pas d'ascendants dans l'autre ligne, et où il s'agirait du descendant d'un premier lit mineur de vingt-cinq ans, l'ascendante pourra par son seul refus empêcher le mariage. Ajoutons que le descendant, majeur quant au mariage, ne pourra se dispenser de la formalité des actes respectueux qui devront être adressés aux ascendants et ascendantes les plus proches dans chaque ligne (1). Le droit de former opposition est également attribué aux ascendants à défaut des père et mère (2). L'ascendante la plus proche en degré dans l'une des lignes sera admise, en pareil cas, à former opposition au mariage du descendant d'un premier lit (3).

Il convient d'ajouter que, dans les mêmes circonstances, les droits que nous venons d'indiquer pourraient appartenir également à l'ascendante sur le descendant commun, dans l'hypothèse où l'ascendant, conjoint de l'ascendante, se trouverait hors d'état de manifester sa volonté.

Les droits de garde, d'éducation, de correction, de jouissance légale, dont l'ensemble constitue la

(1) Art. 151 C. c.

(2) Art. 173 C. c.

(3) Il n'y a pas à distinguer ici suivant qu'il existe ou non des ascendants dans l'autre ligne. Voy. Demolombe, III, 140. Cpr. Locré, *Lég. civ.*, IV, p. 357, 358.

puissance paternelle au sens étroit du mot, n'appartiennent jamais aux ascendants en cette seule qualité.

Les trois premiers, après le décès des père et mère, rentrent dans les attributions du tuteur; le troisième se trouve définitivement éteint.

Les ascendants ne sont jamais appelés, à défaut des père et mère, à donner leur consentement au cas d'adoption ou de tutelle officieuse. Le descendant majeur de vingt et un ans, mais mineur de vingt-cinq ans, peut se donner en adoption sans consulter personne (1). Quant au contrat de tutelle officieuse, la loi le soumet à l'approbation du conseil de famille (2). C'est également au conseil de famille qu'appartient le droit d'émancipation (3).

Comme la mère légitime, l'ascendante a toujours qualité pour accepter les donations faites au descendant mineur (4). C'est là, en effet, un droit qui appartient concurremment aux père et mère et à tout ascendant (5).

Je n'insiste pas sur toutes ces solutions, qui

(1) Voy. l'art. 346 C. c.

(2) Voy. l'art. 361 C. c.

(3) Voyez l'art. 478 C. c.

(4) Voy. l'art. 933 C. c.

(5) Il y a là une dérogation aux règles ordinaires de la puissance paternelle. Cpr. Demolombe, XX, 181; Locré, *Lég. civ*, XI, p. 206.

découlent sans difficulté des textes et ne soulèvent aucune controverse. Mais il est un point sur lequel il convient peut-être d'insister un peu plus longuement. L'art. 442 C. c. reconnaît aux ascendantes la capacité d'être tutrices, quand elles ont été choisies par le conseil de famille ou par le dernier mourant des père et mère. Est-ce à dire qu'une ascendante mariée ou remariée puisse se trouver appelée à remplir de pareilles fonctions? Constatons d'abord que le fait se présentera fort rarement dans la pratique. S'agit-il, en effet, d'une ascendante mariée en premières noces, c'est le mari, ascendant du mineur, qui gérera la tutelle en qualité de tuteur légitime. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que l'ascendante eût été choisie comme tutrice testamentaire par le dernier mourant des père et mère, ou que l'ascendant se trouvant incapable, exclu, excusé ou destitué, la tutelle eût été déférée à l'ascendante par le conseil de famille. S'agit-il, au contraire, d'une ascendante remariée, il est vraisemblable que si le mari est digne de confiance, c'est à lui-même bien plutôt qu'à la femme que le conseil de famille confiera la tutelle. Il importe, néanmoins, de trancher la question en droit.

Trois systèmes peuvent être proposés.

On peut soutenir que les ascendantes veuves, étant seules appelées à faire partie d'un conseil de

famille (1), peuvent seules être désignées pour tutrices.

Dans un autre système on admet, au contraire, que l'ascendante peut toujours être nommée tutrice, sans même qu'il soit besoin de désigner le mari comme cotuteur. L'art. 442 autorise en effet, dans les termes les plus absolus, la nomination des ascendantes à la tutelle testamentaire ou dative; il ne distingue pas si l'ascendant est incapable, exclu, excusé ou destitué; il ne distingue pas davantage si l'ascendante veuve s'est ou ne s'est pas remariée (2).

Enfin, dans un troisième système on reconnaît bien à l'ascendante mariée ou remariée le droit d'être nommée tutrice, mais sous la condition que le mari soit nommé cotuteur.

C'est à ce dernier système que je crois devoir me ranger. A la vérité, il est bien probable que le législateur, en exceptant les ascendantes des personnes incapables d'être nommées tutrices, n'avait en vue que les ascendantes veuves; mais quelle qu'ait été sa pensée, il est bien difficile, en présence des généralités des termes de l'art. 442, de ne pas étendre aux ascendantes mariées ou

(1) Cpr. art. 408 C. c. Cet article dit bien que les ascendantes mariées ou remariées ne font pas de droit partie du conseil de famille; mais ce n'est pas à dire qu'elles n'y puissent être appelées.

(2) Voy. Laurent, IV, 516.

remariées le bénéfice de sa disposition. Cette concession une fois faite aux partisans du second système, je ne vois aucune bonne raison pour ne pas appliquer ici, par analogie, la disposition si sage de l'art. 396 C. c., qui, en rendant le mari cotuteur et solidairement responsable, l'empêche d'user de son influence sur sa femme au détriment du pupille (1).

Et maintenant l'ascendante appelée à la tutelle pourra-t-elle accepter sans l'autorisation de son mari?

Oui, a-t-on dit, car la loi la reconnaît de la façon la plus absolue capable d'être tutrice (2).

La négative ne fait aucun doute à mes yeux. Alors même que le mari ne devrait pas être nommé cotuteur, il est impossible d'admettre que l'art. 442 C. c. déroge à l'art. 217. Je répéterai ici ce que j'ai déjà dit à propos de la tutelle de la mère : le but de l'art. 442 est d'excepter les ascendantes de la règle qui refuse aux femmes la capacité d'être tutrices, et nullement de les soustraire aux principes généraux sur l'autorisation maritale. Mais, dira-t-on, une personne capable d'être tutrice se trouve dans l'obligation légale de gérer la tutelle à laquelle elle se trouve appelée; comment comprendre dès lors la nécessité d'une

(1) Voy. Demolombe, VII, 472.

(2) Voy. Laurent, *loc. cit.* et t. III, 400.

autorisation là où l'acceptation est imposée? Je réponds que, si la mère peut toujours refuser la tutelle qui lui est différée, il doit en être de même et par *à fortiori* de l'ascendante; que nous sommes, par conséquent, en présence d'un acte volontaire de la part de cette dernière, susceptible d'engager sa responsabilité, et qui doit être régi par l'art. 217.

CHAPITRE III

ÉTENDUE DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE DANS LA SPHÈRE DES INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES

SECTION PREMIÈRE

Actes extrajudiciaires.

Ce n'est pas seulement la mère qui se trouve soumise à l'autorité maritale. La loi veut que la femme ne puisse, en principe, faire aucun acte de nature à intéresser son patrimoine sans avoir obtenu l'autorisation préalable de son mari. Mais, quelle que soit l'étendue de cette incapacité, elle comporte néanmoins des limites ; il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'art. 1124 C. c., qui, dans l'énumération des personnes incapables de s'obliger, mentionne les femmes mariées, mais seulement dans les cas exprimés par la loi. Quelles sont donc exactement ces limites ?

Pour répondre à cette question, je distinguerai entre les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires, les premiers régis par les art. 215 et 216 C. c., les seconds par l'art. 217, ainsi conçu : « La

femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. »

Une double prohibition se dégage très nettement de cet article : prohibition d'aliéner, d'une part, prohibition d'acquérir, d'autre part.

La femme est incapable d'aliéner, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, car la loi lui interdit à la fois d'aliéner et de donner. Il convient même de remarquer que la prohibition de donner ne doit pas s'entendre seulement des aliénations à titre gratuit, mais de toute opération qui présenterait le double caractère d'appauvrir la femme en enrichissant un tiers.

La loi ajoute que la femme est incapable d'hypothéquer. Elle aurait pu se dispenser de le dire, car l'art. 2124 C. c. exige, chez celui qui consent une hypothèque, la capacité d'aliéner, exigence fort rationnelle, à coup sûr, puisque l'hypothèque, quoique n'entraînant pas dessaisissement immédiat, n'en contient pas moins le germe d'une aliénation dans l'avenir.

Incapable d'aliéner, la femme ne pourrait certainement pas affecter ses biens au paiement d'obligations contractées sans autorisation ; ce serait lui donner un moyen détourné d'éluder la prohibition de la loi. Mais il faut aller plus loin,

et j'établirai tout à l'heure que l'incapacité de s'obliger ne résulte pas seulement pour la femme de l'incapacité d'aliéner, mais qu'elle se trouve implicitement consacrée par notre art. 217.

Il ne faudrait pas cependant s'exagérer la portée de cet article. Que la femme ne puisse pas, sans autorisation, disposer volontairement de ses biens, voilà ce qu'a voulu le législateur ; mais, bien entendu, rien ne s'opposerait à ce que la propriété ne fût acquise à un tiers, par accession ou incorporation ; et plus généralement dans toutes les hypothèses où l'acquisition de la propriété n'a plus sa source dans la convention des parties, mais seulement dans l'autorité de la loi.

On peut, ce me semble, rattacher à cet ordre d'idées la disposition de l'art. 2254 C. c., aux termes duquel la prescription n'est point suspendue au profit de la femme pendant le mariage ; et ceci non seulement au cas où le mari a l'administration, ce qui est l'hypothèse prévue par l'article, mais aussi lorsque cette administration appartient à la femme. Si la loi ne s'est expliquée formellement que sur le premier cas, c'est afin de prévenir un doute que ce cas pouvait faire naître, et que ne comportait pas le second. La femme dont les biens sont administrés par le mari, se trouvant dans une position analogue à celle des mineurs, dont les droits sont exercés

par leurs tuteurs, on aurait peut-être été tenté de lui appliquer l'art. 2252, qui suspend la prescription au profit de ces derniers. Cette assimilation n'eût pas été exacte; car, si le mineur, incapable de surveiller son tuteur et de provoquer sa destitution, n'a aucun moyen de se sauvegarder lui-même, il en est autrement de la femme, qui a toujours la ressource de la séparation judiciaire (1).

Etant admis que la prescription court pendant le mariage contre la femme, alors qu'elle a l'administration de ses biens, il en pourra résulter pour celle-ci un moyen détourné de se dépouiller au profit d'un tiers, par une inaction prolongée, d'un droit qui lui appartenait. Cet échec possible à l'autorité maritale ne doit pas faire obstacle, néanmoins, à l'acquisition de la propriété par le possesseur, ou à la libération du débiteur, la prescription étant fondée bien moins sur la présomption d'une cause antérieure d'acquisition ou de libération, que sur des motifs d'ordre et d'utilité publique, devant lesquels toute autre considération doit s'effacer.

La femme ne pouvant pas aliéner, on ne saurait davantage lui permettre de se dépouiller de ses droits par des renonciations. Cette proposition est incontestable, toutes les fois que la renonciation présente le caractère d'une libéralité,

(1) Mourlon, *Rép. écrites*, III, 1906.

puisque la loi interdit à la femme de donner. La même décision doit encore être admise, alors que la renonciation présente le caractère d'un acte à titre onéreux; il n'y a en effet aucune raison de distinguer entre les aliénations et les renonciations, les unes comme les autres ayant, en pareil cas, pour résultat une diminution de patrimoine, en échange de certains avantages pécuniaires. Ainsi, la femme ne pourrait pas valablement renoncer à un droit d'usufruit, accorder à son débiteur une remise de dette.

La renonciation à une succession ne peut jamais présenter le caractère d'un acte à titre onéreux, celui qui renonce, *aliquo dato*, étant, aux termes de l'art. 780 C. c., réputé acceptant. Le plus souvent on ne pourra pas davantage la considérer comme une libéralité, car elle sera le plus ordinairement inspirée à l'héritier par le mauvais état présumé des affaires du défunt. Quoi qu'il en soit, il faut sans hésitation refuser à la femme le droit de renoncer sans autorisation : cette renonciation dépouille en effet le renonçant de tous les droits et actions appartenant au défunt, dont il s'était trouvé investi en sa qualité d'héritier, et suppose, par conséquent, la capacité d'aliéner (1).

(1) Mourlon, *Rép. écr.*, II, 246; Demolombe, XIV, 341, et XV, 90 et 91.

Mais, si la femme est incapable de renoncer sans l'autorisation de son mari, ce dernier ne pourrait certainement pas la contraindre à accepter une succession qu'elle prétend répudier, ni accepter à sa place de manière à l'engager elle-même (1). Toutefois, il est certain que le mari pourrait toujours se faire autoriser par la justice, conformément à l'art. 788 C. c., à accepter la succession dans la mesure des droits que ses conventions matrimoniales lui assurent sur les biens qui en dépendent. Je crois même que, sous le régime de communauté légale, le mari n'aurait besoin d'aucune autorisation pour accepter une succession purement mobilière échue à sa femme et destinée à tomber tout entière dans la communauté dont il est le chef (2). Bien entendu, cette acceptation n'engagerait pas la femme, ainsi que je l'ai dit en commençant, et elle ne pourrait être recherchée par les créanciers héréditaires que comme commune, c'est-à-dire dans le cas où elle aurait, par la suite, accepté sa part dans la communauté dissoute.

En ce qui concerne la renonciation à une pres-

(1) Voy. Riom, 19 avril 1828, Dal., *Rép.*, au mot *Succession*, n° 437; Demolombe, XIV, n° 326.

(2) En ce sens, Duranton, VI, 425; Demolombe, *loc. cit.* Cpr. Furgole, *Des test.*, ch. X, sect. 1, n° 36; Pothier, *Des succ.*, ch. III, sect. III, art. 1, § 2; Chabot, II, p. 438; Toulhier, IV, 301.

cription acquise, on pourrait, en l'absence de textes, se trouver assez embarrassé. Comment, dira-t-on, refuser à la femme le droit de renoncer à faire usage d'une arme que sa conscience lui fait un devoir de ne pas employer; il n'y a rien là qui puisse être comparé à une aliénation? Ces raisons de douter s'évanouissent en présence du texte de l'art. 2222 C. c., qui exige, chez celui qui renonce à la prescription, la capacité d'aliéner.

Si la loi défend à la femme mariée de disposer de ses biens, c'est seulement par actes entre-vifs, car le droit de tester lui est formellement reconnu par les art. 225 et 906 C. c. Cette exception se justifie d'ailleurs parfaitement. D'une part, en effet, les dispositions testamentaires doivent être le produit d'une volonté libre et indépendante; d'autre part, ces dispositions ne devant recevoir effet qu'après la mort du testateur, c'est-à-dire à une époque où le mariage se trouve dissous, il ne pouvait plus être question d'autorité maritale.

La solution si rationnelle de notre Code civil n'avait point été admise par toutes nos coutumes; quelques-unes exigeaient que la femme fût autorisée (1). « Cela est bien rude, » disait Guy-Cochin (2). Cela était si rude, en effet, que, parmi

(1) Voy. Pothier, *De la puiss. du mari*, 43 et 44.

(2) *Droit des gens mariés*, 1.

les coutumes qui admettaient, en pareil cas, la nécessité de l'autorisation, quelques-unes (1) se contentaient d'une simple autorisation de tester, accordée en termes généraux, faisant, pour ce cas, exception à la règle de la spécialité.

La capacité de tester n'entraîne pas pour la femme le pouvoir de disposer de ses biens par institution contractuelle, conformément aux art. 1082, 1089 C. c. (2). Une semblable disposition crée, en effet, un droit actuel au profit du donataire.

Capable de tester, la femme doit pouvoir à elle seule révoquer un testament. Ceci résulte d'ailleurs, par *à fortiori*, de l'art. 1096 C. c., qui lui permet la révocation des donations entre-vifs faites par elle à son mari au cours du mariage (3).

La seconde prohibition qui se dégage de l'art. 217, est relative aux acquisitions. La femme est incapable d'acquérir, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Cette incapacité est absolument générale; peu importe qu'il s'agisse d'un droit de propriété ou de tout autre droit réel, ou d'un simple droit de créance.

Il convient, toutefois, de limiter ici, comme je

(1) Telle était notamment la coutume du Nivernais. Voy. Guy-Coquille, *loc. cit.*

(2) Pothier, *De la puiss. du mari*, 48; Demolombe, IV, 184.

(3) Demolombe, IV, 185.

l'ai déjà fait pour les aliénations, l'incapacité de la femme aux acquisitions qui prennent leur source dans la volonté des parties, et de ne point l'étendre à celles qui dérivent directement de la loi. La femme pourrait donc, très valablement, acquérir par accession, incorporation et même prescription (1).

En ce qui concerne la prescription, on pourrait concevoir quelques doutes pour le cas où la possession commencée au cours du mariage aurait été ignorée du mari. Admettre, en pareil cas, la femme à opposer la prescription, n'est-ce point éluder la règle, qui lui défend d'acquérir sans autorisation? Je ne crois pas cependant que cette considération doive nous arrêter. — L'acquisition par prescription a été établie dans un but d'ordre et d'utilité publique, elle ne doit pas être empêchée par la crainte, d'ailleurs fort hypothétique, d'une atteinte indirecte à l'autorité maritale.

L'acceptation d'une succession ne constitue pas, à proprement parler, une acquisition, car c'est la loi qui investit elle-même l'héritier à l'instant du décès; mais elle a tout au moins cet effet de rendre cette acquisition définitive. On comprend donc que la femme, incapable d'ac

(1) Demolombe, XIV, 327

quérir, ne puisse pas, ainsi qu'il résulte de l'art. 776 C. c., accepter une succession sans autorisation. D'ailleurs, l'acceptation, en rendant irrévocable l'obligation pour l'héritier de payer les dettes du défunt, suppose chez celui dont elle émane la capacité de s'obliger.

Refuser son autorisation à la femme qui voudrait accepter est le seul droit du mari qui juge la succession mauvaise; il ne pourrait pas renoncer pour sa femme, et encore moins la contraindre à le faire; et celle-ci conserverait le droit de s'adresser à la justice pour obtenir d'elle l'autorisation qui lui est refusée. Ces solutions doivent-elles être maintenues dans l'hypothèse où la succession purement mobilière serait destinée à tomber tout entière dans la communauté? Dans son traité des *Successions*, Pothier reconnaît, en pareil cas, au mari le droit de renoncer, car il est seul juge des intérêts de la communauté (1). Mais dans son introduction au titre XVII de la coutume d'Orléans, le même auteur adopte une solution différente, estimant que, dans tous les cas, il n'y a que ceux à qui une succession est échue qui puissent la répudier (2). Cette seconde opinion me paraît préférable.

(1) Voy. le ch. III, sect. IV, art. 2, § 1.

(2) Voy. le n° 62. En ce sens, Thiry, *Rev. écr. de lég.*, 1857, XI, p. 254.

En ce qui concerne l'autorisation de justice, il est difficile de comprendre par quels motifs le juge pourrait, dans cette dernière hypothèse, autoriser l'acceptation, si ce n'est peut-être pour permettre à la femme de faire honneur à la mémoire du défunt. Et encore, en pareil cas, conviendrait-il d'exiger une acceptation sous bénéfice d'inventaire, afin d'empêcher les créanciers héréditaires d'avoir action sur les biens personnels de la femme, à la conservation desquels le mari est évidemment intéressé (1).

La femme mariée est-elle incapable de s'obliger? Le Tribunal avait proposé de mentionner expressément l'incapacité de s'obliger parmi celles qui se trouvent énumérées dans l'art. 217. Les rédacteurs du Code n'ont pas cru devoir déférer à ce vœu. Mais ce n'est pas à dire qu'ils aient entendu repousser le principe de l'incapacité en matière d'obligations; s'ils ne l'ont pas formulé, c'est dans la crainte que l'on donnât une portée trop absolue à une prohibition qui comporte, comme nous le verrons bientôt, plusieurs exceptions. La pensée du législateur se dégage d'ailleurs très nettement de l'ensemble des textes relatifs à l'autorisation maritale : d'abord de l'art. 220 qui, dans un cas spécial et par excep-

(1) Duranton, VI, 426; Demolombe, XIV, 327.

tion, permet à la femme de *s'obliger* sans autorisation, et ensuite des art. 221, 222, 224, qui exigent qu'elle soit autorisée pour *contracter*. Et sans chercher plus loin, notre art. 217 suffit à lui seul pour confirmer cette manière de voir. Quiconque s'oblige a, en effet, pour but ou de faire une libéralité, ou d'obtenir en échange quelque avantage pécuniaire; or, la femme étant, aux termes de l'art. 217, incapable soit de donner, soit d'acquérir à titre onéreux, se trouve par là même incapable de s'obliger. Notre conclusion sera donc que la femme n'est pas seulement incapable de s'obliger, parce qu'il lui est défendu d'aliéner, mais qu'elle est frappée à cet égard d'une incapacité spéciale (1). Et cette remarque n'est pas sans importance pratique. Elle nous servira bientôt à résoudre la question qui s'élève de savoir si la femme, dans les cas exceptionnels où elle devient, dans une certaine mesure, capable d'aliéner, ne se trouve pas, par là même et dans les mêmes limites, capable de s'obliger.

Cette incapacité de s'obliger est-elle générale? Bien entendu, il ne saurait être question d'incapacité lorsque l'obligation est imposée directement à la femme par la loi : la volonté du législateur doit l'emporter sur celle du mari. Comme

(1) Valette sur Proudhon, I, 463, note 2; Demolombe, IV, 163; M. Duverger, à son cours.

exemple d'une obligation de ce genre, on cite généralement le cas où la mère remariée se trouve appelée à gérer la tutelle de ses enfants. J'ai eu occasion de dire que cette manière de voir ne me paraissait pas exacte ; je ne veux pas revenir sur ce point, sur lequel je me suis longuement expliqué.

Que décider en dehors de l'hypothèse d'une obligation légale ?

On pourrait soutenir, et on a soutenu en effet, que la nécessité de l'autorisation ne doit être appliquée qu'aux obligations conventionnelles. Tout d'abord on invoque les textes qui semblent tous se référer à l'hypothèse de contrats. On ajoute que, s'il est naturel de soumettre à des conditions de capacité juridique indépendantes de la capacité naturelle l'engagement qui serait le résultat d'une convention, il paraît difficile d'étendre ces conditions à des engagements qui prennent uniquement leur source dans des considérations d'intérêt général et d'équité. Serait-il juste, par exemple, de priver les tiers du bénéfice de créances qu'ils ont acquises sans leur fait personnel, les rendant ainsi victimes d'une incapacité dont ils n'ont pas pu se garantir ? On comprend que la femme ne contracte aucune obligation, par suite de l'acceptation du mandat qu'une personne a eu l'imprudencé de lui confier, mais il en doit être tout autrement lorsque la

femme s'est ingérée dans les affaires d'autrui. Si la femme est incapable d'acquérir, d'aliéner, ceci ne doit s'entendre que des acquisitions ou des aliénations qui prennent leur source dans la convention des parties : pourquoi ne pas appliquer ici le même principe, et généraliser la solution des art. 1310 et 1424 C. c. relatifs aux délits (1) ?

Je n'adopterai pas cette manière de voir, que je considère comme trop absolue. Je préfère, suivant en cela la doctrine admise par Pothier (2), prendre en considération, non pas tant la source même de l'obligation que le fait par la femme de lui avoir volontairement donné naissance, et déclarer en conséquence la femme incapable de s'obliger par son fait personnel, toutes les fois que ce fait ne constituera ni délit ni quasidélit (3).

On m'objecte que ma distinction est en désaccord avec les textes, les uns conçus en termes absolument généraux; comme l'art. 217, les autres se référant par les expressions qu'ils renferment à l'hypothèse de contrats, et qu'il faut de toute nécessité se résoudre à l'un des deux

(1) Cpr. Domat, *Lois civiles*, liv. II, tit. IV, sect. I, n° 10; Toullier, II, 627, et XI, 39; Valette sur Proudhon, I, p. 463, note 1.

(2) V. Pothier, *De la puiss. du mari*, n° 50.

(3) Cette manière de voir se trouve confirmée par les art. 776 et 1029 C. c.

partis suivants : ou bien déclarer la femme absolument incapable de s'obliger, ce que personne ne veut admettre, ou lui refuser simplement la capacité de contracter. Je réponds que la coutume de Paris, dans ses dispositions relatives à l'autorité maritale, s'exprimait dans des termes analogues (1) ; ce qui n'empêchait pas cependant Pothier d'adopter la solution que j'ai indiquée. Si le législateur du Code civil a employé le même langage que la coutume, ce qui s'explique très naturellement, on n'en peut nullement conclure qu'il ait entendu écarter l'interprétation de Pothier.

Cette interprétation, d'ailleurs, est en parfaite harmonie avec les principes sur lesquels repose l'autorisation maritale. On veut que l'autorité du mari soit respectée, que, d'autre part, la femme ne puisse pas compromettre à son gré ses intérêts personnels, n'est-il pas nécessaire et suffisant, pour obtenir ce résultat, de la rendre incapable de s'obliger par son propre fait ?

Sans doute, il ne faut pas que les tiers aient à souffrir d'actes auxquels ils sont demeurés étrangers, aussi ne faisons-nous pas difficulté pour leur reconnaître le droit de poursuivre la femme coupable de délit ou de quasidélit ; c'est une solution que l'équité commande et à laquelle

(1) Cpr. notamment l'art. 223 de la coutume de Paris.

l'ordre public lui-même est intéressé (1). Et il convient également que la femme ne puisse retirer aucun enrichissement de son immixtion dans les affaires d'autrui; dans ces limites, une action sera toujours donnée contre elle (2). Mais c'est là tout ce que je concède, et je ne pense pas qu'il soit permis aux tiers de se prévaloir de l'acte accompli par la femme *comme s'il émanait d'une personne capable de s'obliger*.

Ainsi, je n'admettrais pas que la femme pût s'obliger pour une gestion d'affaires entreprise sans autorisation comme un gérant ordinaire, et je refuserais au maître l'action *negotiorum directa* (3). En conséquence, la femme ne pourrait être recherchée qu'autant que son immixtion aurait été préjudiciable, mais elle ne saurait être rendue responsable si, par sa mauvaise administration, elle n'avait point procuré au tiers tous les avantages qu'il eût été en droit d'attendre

(1) Cpr. art. 1310, 1382, 1383 et 1424 C. c. V. Pothier, *De la puiss. du mari*, n° 52; Delvincourt, I, 162; Duranton, II, 493; Demante, I, n° 300 *bis*, V; Aubry et Rau, V, p. 142 et 143, § 472; Demolombe, IV, 178.

(2) Cpr. art. 1238, 1241 et 1312 C. c. Duranton, II, 497; Toullier, II, 627 et 628; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Civ. cass., 27 décembre 1843, S. 44, 1, 332; Req., 12 mars 1844, S. 45, 1, 47; Req., 24 janvier 1855, S. 56, 1, 56.

(3) Demolombe, IV, 181 et 182; Aubry et Rau, V, p. 142, note 22 *in fine*, § 472; Demante, I, n° 300 *bis*; Laurent, III, n° 401. *Contra*, Valette sur Proudhon, I, p. 463.

de la gestion entreprise. Quant au point de savoir si l'intervention de la femme a été ou non préjudiciable, il faudra, pour se prononcer à cet égard, se poser une double question : 1° les intérêts des tiers eussent-ils été moins compromis si personne n'était intervenu ? 2° l'intervention de la femme a-t-elle eu pour résultat d'empêcher d'autres personnes d'entreprendre la gestion à sa place ? Si la réponse à ces deux questions est négative, aucune obligation ne saurait peser sur la femme, lors même qu'elle aurait commis, sans mauvaise foi, les fautes les plus lourdes. Il ne me paraît donc pas exact de prétendre, comme l'ont fait certains auteurs (1), qu'il est sans intérêt de déclarer la femme incapable de s'obliger comme gérant d'affaires, alors qu'elle doit toujours répondre de ses délits ou quasi-délits.

La femme n'étant incapable de s'obliger qu'autant que l'obligation résulte de son fait personnel, il faut admettre qu'elle pourra très valablement se trouver obligée par le fait d'un tiers ; ainsi le tiers qui aurait géré les affaires de la femme pourrait exercer l'action *negotiorum gestorum contraria* dans tous les cas et dans les limites où un gérant pourrait le faire, d'après les

(1) Murlon, *Rép. écrites*, I, n° 792, note 1

principes généraux sur la matière. MM. Duranton (1) et Delvincourt (2) semblent, il est vrai, enseigner que le tiers n'aurait, en pareil cas, qu'une simple action *de in rem verso* ; mais cette opinion me paraît mal fondée. Il est, en effet, conforme à l'intérêt bien entendu de la femme d'assurer à celui qui voudrait lui rendre service le recours du droit commun ; et je ne vois aucune bonne raison d'en décider autrement, puisque, la femme se trouvant, en pareil cas, obligée en dehors de tout fait actif de sa part, il est impossible de voir, dans l'obligation mise à sa charge, une atteinte quelconque à l'autorité maritale (3).

La femme pourra-t-elle être tenue comme le serait une personne capable, à raison d'un paiement indu qu'un tiers aurait fait entre ses mains par erreur ? Il est bien évident que la question ne peut se poser que si l'on suppose à la femme capacité de recevoir un paiement, car dans le cas contraire il est certain qu'elle ne pourrait être recherchée que dans les limites de son enrichissement (4). Or, en principe, et abstraction faite des modifications que peuvent apporter aux pouvoirs de la

(1) II, n° 497.

(2) I, p. 75, note 12.

(3) Pothier, *De la puiss. du mari*, n° 50, et *Du quasi contr. neg. gest.*, n° 224 ; Zachariæ, III, p. 327 ; Demolombe, IV, 177 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*

(4) Cpr. les art. 1241 et 1312 C. c.

femme les conventions matrimoniales, celle-ci est, sans aucun doute, incapable de recevoir un paiement et de donner bonne et valable quittance, car elle ne peut pas, sans autorisation, se dépouiller du droit de créance qui lui appartient (1).

Il nous faut donc supposer, pour que la question puisse se poser, une femme mariée sous un régime qui lui permette de recevoir un paiement, par exemple, une femme séparée de biens ; nous verrons en effet bientôt que, sous le régime de séparation, la femme a qualité pour recevoir seule ses capitaux et en donner décharge. Sera-t-elle, en pareil cas, tenue à restitution des sommes versées indûment entre ses mains dans les mêmes limites qu'une personne capable de s'obliger ? A première vue, il semblerait assez naturel de résoudre la question affirmativement. Capable de recevoir, la femme ne doit-elle pas être par là même capable de s'obliger à rendre, au cas où la dette n'existerait pas ? Qui peut faire un acte doit pouvoir consentir à toutes les suites de ce même acte. Toutefois, comme le fait très justement remarquer M. Demolombe (2), cette argumentation n'est pas concluante. Lorsqu'elle est capable de recevoir un paiement, la femme doit l'être sans

(1) Voy. Demolombe, IV, 182.

(2) *Loc. cit.*

doute pour tout ce qui peut être considéré comme la suite directe de ce paiement; c'est ainsi qu'elle pourrait très valablement donner quittance, consentir à la mainlevée des inscriptions hypothécaires (1), mais ce n'est pas à dire que sa capacité doive s'étendre à des conséquences purement accidentelles qui changent la nature du paiement et le transforment en une espèce de prêt (2). J'ajoute que dans l'espèce, si l'obligation est engendrée par le fait d'un tiers, elle l'est également par le fait de la femme, et que par conséquent, pour rester fidèle au principe qui m'a servi à délimiter la capacité de la femme en matière d'obligations, nous devons lui refuser ici capacité de s'obliger.

Je dois reconnaître toutefois que la solution pratique de la question sera sensiblement la même, quelle que soit la solution adoptée. Il résulte en effet de l'art. 1380 C. c. que celui qui a reçu de bonne foi n'est tenu à restitution que dans les limites de son enrichissement; dès lors de deux choses l'une : ou bien la femme a été de mauvaise foi et alors il y a de sa part un véritable délit, et, par suite, obligation pour elle d'indemniser le tiers de tout le préjudice qu'elle lui a causé, ce qui revient au fond à appliquer les articles 1378 et

(1) Turin, 19 janvier 1810, S. 11, 2, 79.

(2) V. Pothier, *Du quasi-contrat* appelé *promutuum*, sect. 1^{re}, art. 1.

1379; ou bien elle a été de bonne foi, et elle est alors tenue de restituer tout ce dont elle s'est enrichie (1).

En résumé, et sauf les restrictions que j'ai indiquées, la femme mariée est incapable d'aliéner (et nous savons qu'il faut ranger les renonciations sur le même pied que les aliénations), d'acquérir, de s'obliger. D'ailleurs, on s'accorde généralement à reconnaître qu'il ne faut pas s'en tenir strictement à la formule de l'art. 217, et que le but de cet article a été de frapper la femme d'une incapacité générale (2). C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une femme mariée ne pouvait pas, sans autorisation, reconnaître qu'elle était tenue, par un fidéicomis tacite, de remettre un legs à un tiers. La Cour suprême a déclaré que ni cette reconnaissance, ni cet abandon n'étaient valables (3). Mais il ne faudrait pas cependant étendre cette incapacité à des actes qui ne sont pas de nature à modifier le patrimoine, comme par exemple la révocation d'un mandat (4). Encore moins pourrait-on refuser à la femme le pouvoir de faire des actes destinés à assurer la

(1) Voy. Laurent, III, 101.

(2) Voy. Aubry et Rau, V, p. 141, § 472; Laurent, III, 97. Cpr. Locré, *Lég. civ.*, IV, p. 397 et s.

(3) Arrêt du 7 décembre 1836, *Bull. civil des arrêts de cassation*, 1836, n° 122, et S. 37, 1, 416.

(4) Caen, 13 juillet 1824, S. 23, 2, 177.

conservation de ses biens. La loi fait elle-même l'application de ce principe dans les art. 940 et 2139 C. c. Et j'admettrais même qu'en pareil cas, la femme qui a ordonné l'acte est valablement obligée de payer les frais qu'il a occasionnés (1). La capacité de faire l'acte doit entraîner la capacité accessoire de faire ce qui est nécessaire pour l'accomplir : qui veut la fin veut les moyens. Le pouvoir de faire des actes conservatoires peut souvent se heurter à la prohibition de l'art. 216 C. c., aux termes duquel la femme est incapable d'ester en jugement. J'examinerai dans la section suivante, en parlant des actes judiciaires, la solution qu'il convient de donner aux difficultés que peut faire naître ce conflit.

Je termine par une dernière observation. L'article 217 porte que « la femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner, etc. ; » ces mots, « même non commune ou séparée de biens, » ont évidemment pour but de nous indiquer que l'incapacité de la femme subsiste sous tous les régimes. Si la pensée du législateur est certaine, son langage n'est peut-être pas très correct. Sans entrer ici dans des détails qui feront l'objet d'une section ultérieure, il est facile de comprendre que, sous le régime exclusif de communauté, le mari

(1) Mourlon, *Rép. écrites*, I, 789, note 1.

ayant la jouissance et l'administration de tous les biens personnels de sa femme, absolument comme dans le cas de communauté légale, il n'y a aucune raison de soustraire la femme mariée sous ce régime à la règle générale de l'art. 217, et qu'en conséquence, le mot « même » employé par cet article ne peut avoir de sens qu'autant qu'il s'applique à la séparation de biens (1).

SECTION II

Actes judiciaires.

« La femme, porte l'art. 215, ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens. »

Telle est en effet la règle générale. L'autorisation est nécessaire même à la femme marchande publique : si la loi le rappelle expressément, c'est qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Quelques coutumes (2) faisaient en effet une exception en faveur de la femme commerçante, pour les affaires qui concernaient son négoce. Mais, c'était là un droit exceptionnel : aussi Pothier décidait-il que,

(1) Voy. Demolombe, IV, 146, note 1.

(2) Voy. notamment la coutume de Dourdan, tit. VI, art. 80, et la coutume de Mantes, art. 125.

dans le silence de la coutume de Paris sur ce point, l'autorisation devait être exigée (1).

Remarquons que l'autorisation de faire le commerce, eût-elle été donnée dans les termes les plus généraux, ne suffirait jamais à elle seule à habiliter la femme à plaider. Il faut à la femme marchande publique une autorisation spéciale pour chaque procès; c'est là la règle générale qui doit toujours être suivie tant qu'aucun texte n'y vient déroger. C'est donc à tort que la cour d'Aix (2), dans un arrêt du 9 janvier 1866, a jugé que la femme autorisée par son mari à faire toutes opérations de commerce et, relativement à ces opérations, tous actes permis par la loi, pouvait, en vertu de cette autorisation, poursuivre une instance commerciale. Un arrêt récent de la Cour de cassation (3) a très justement décidé qu'une autorisation de ce genre, voire même plus explicite, car elle visait expressément l'hypothèse de procès à soutenir, devait être considérée comme entachée de généralité (4).

L'autorisation est nécessaire quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux. En ce qui concerne la femme séparée de biens, c'était une règle générale dans notre ancien droit qu'elle

(1) Voy. Pothier, *De la puiss. du mari*, n° 62.

(2) D. 67, 2, 35.

(3) Voy. Civ. cass., 30 janv. 1877, D., 1, 318.

(4) Cpr. Laurent, III, 102.

n'avait pas besoin d'autorisation pour ester en justice, dans tous les procès relatifs à l'administration de sa propre fortune (1). Pourquoi cette solution? Pothier nous en donne pour motif que le mari est personnellement désintéressé dans les procès relatifs à l'administration et à la jouissance que la femme s'est réservées (2). Cette raison, qui pouvait être bonne alors que l'autorisation n'était exigée que dans l'intérêt exclusif du mari, ne saurait plus être invoquée aujourd'hui; aussi l'art. 215 abroge-t-il formellement la règle ancienne.

La femme est incapable d'ester en jugement, c'est-à-dire, si je ne me trompe, d'élever devant un juge, soit en demandant, soit en défendant, une prétention quelconque à l'effet d'en obtenir une décision contentieuse : *stare in judicio*. Cette règle est, en général, indépendante de la nature de la contestation et de la juridiction devant laquelle est porté le débat, pourvu, je le répète, que la décision à intervenir soit une décision contentieuse. C'est ainsi qu'il faudrait refuser à la femme non autorisée le droit de réclamer une indemnité devant un jury d'expropriation (3). J'ajoute qu'il n'y a pas à se préoccuper de la

(1) Voy. notamment l'art. 224 cout. Paris.

(2) Voy. Pothier, *De la puiss. du mari*, 61.

(3) M. Duverger, à son cours.

qualité de l'adversaire de la femme, et que l'article 215 devrait recevoir son application même au cas d'un procès entre époux. Je ferai seulement remarquer que, dans cette hypothèse, on est unanime à reconnaître que, lorsque le mari est demandeur, le fait de sa part d'introduire une demande contre sa femme doit être nécessairement interprété comme renfermant une autorisation tacite. Il est en effet impossible d'admettre que le mari ait la prétention de soulever un débat contre sa femme sans lui reconnaître, par cela même, le droit de se défendre (1).

La nécessité de l'autorisation s'applique également aux procès commencés avant le mariage et que la femme se proposerait ensuite de continuer, à moins toutefois que la cause ne fût déjà en état lors de la célébration du mariage (2).

La Cour de cassation paraît toutefois admettre que la procédure peut être valablement continuée tant que le changement d'état de la femme n'est point notifié à la partie adverse, qui n'est pas obligée de le connaître (3).

(1) Voy. Merlin, Rép., v^o *Aut. marit.*, sect. VII, n^o 16 ; Demolombe, IV, 138 ; Laurent, III, 105 ; Dalloz, Rép. au mot *Mariage*, n^o 776.

(2) Voy. les art. 342 et s. Cpr.

(3) Voy. *Rég. rej.*, 10 décembre 1812. Dalloz, Rép. au mot *Mariage*, n^o 786, note 5 ; *Rég.*, 17 août 1831, S. 31, 1, 319.

Etant données ces considérations générales sur l'étendue d'application de notre art. 215, il nous faut maintenant entrer dans les détails, et rechercher les exceptions qu'il comporte.

Je distinguerai à cet effet (la restriction apportée par l'art. 216 commande cette distinction), suivant que la femme se propose d'ester en jugement en matière civile ou en matière criminelle.

Je prends d'abord la première de ces deux hypothèses.

Il semblerait, d'après la manière dont j'ai traduit les mots « ester en jugement, » que la femme eût le droit de comparaître en conciliation devant le juge de paix. Cependant la négative est universellement enseignée (1). J'admets sans difficulté cette solution, mais je ne crois pas qu'on puisse la motiver sur la prohibition de l'art. 215. Le juge de paix, dans l'espèce, fait acte de juridiction gracieuse; il n'y a donc pas là de la part de la femme le fait d'ester en jugement. Je ne considère pas davantage comme bien concluant, quoiqu'il ait paru décisif à certains auteurs (2), le raisonnement qui consiste à dire que la com-

(1) Voy. notamment Merlin, Rép., I, v^o *Bureau de conciliation*, n^o 4; Duranton, II, 452; Demolombe, IV, 129; Aubry et Rau, V, p. 139. § 472; Laurent, III, 402; Cass., 3 mai 1880, S. 80, 1, 310.

(2) Voy. notamm. Demolombe, *loc. cit.*

parution en conciliation, n'étant autre chose que le prélude d'une citation en justice, ne doit être permise qu'aux personnes capables de suivre une instance. On peut répondre, en effet, que cette comparution ayant précisément pour but d'arrêter le procès, on peut très bien comprendre que celui-là soit capable de prendre des mesures pour éviter un débat judiciaire, alors cependant que si ce débat venait, en dépit de ses efforts, à s'ouvrir définitivement, il n'aurait plus qualité pour agir. Je crois donc plus exact de fonder ma solution sur cette considération que, la femme étant incapable de transiger, sa comparution devant le juge de paix serait sans objet, le but de la conciliation étant précisément d'amener les parties à transaction (1).

Il faut admettre également que la femme ne pourrait pas valablement comparaître devant le juge de paix statuant au possessoire, car c'est là certainement ester en jugement. On pourrait, il est vrai, argumenter en sens inverse, de l'article 55 de la loi du 18 juillet 1837 sur l'administration municipale, ainsi conçu : « Le maire peut toutefois, sans autorisation, intenter toute action possessoire et y défendre, et faire tous autres actes conservatoires ou interruptifs de déchéan-

(1) Cpr. art. 48 C. pr. En ce sens, Laurent, *loc. cit.*

ces. » Il semblerait résulter de ce texte que les actions possessoires duseent être, aux yeux de la loi, rangées parmi les actes conservatoires. Toutefois, comme un débat au possessoire soulève en réalité un véritable procès, il me paraît impossible, en l'absence d'un texte formel, de déroger à la règle de l'art. 215 (1).

Je crois au contraire que la femme pourrait introduire seule un référé. D'une part en effet, il est impossible de considérer la femme comme estant en jugement, et, d'un autre côté, il s'agit dans l'espèce d'un de ces actes conservatoires, qui, sans porter d'ailleurs atteinte à l'autorité du mari, ne peuvent que profiter à la femme et doivent par conséquent rentrer dans les limites de sa capacité (2).

Et c'est ici le moment de préciser dans quelle mesure la prohibition de l'art. 215 vient mettre obstacle au pouvoir que nous avons reconnu à la femme de faire des actes conservatoires. Tout d'abord il est bien certain que des actes de cette nature seraient parfaitement permis à la femme, alors même qu'ils nécessiteraient le ministère des huissiers, si d'ailleurs ils ne constituaient pas le fait d'ester en jugement. C'est ainsi qu'elle pour-

(1) Voy. Demolombe, IV, 128.

(2) En ce sens, Demolombe, IV, p. 145; M. Duverger, à son cours; Trib. de la Seine, *Gazette des Trib.*, 26 juin 1863.

rait très valablement signifier des protêts, des oppositions, des commandements, sauf pour elle le besoin de se faire autoriser, si elle voulait ensuite suivre les effets de l'un de ces actes devant la justice, par exemple, assigner en garantie d'un protêt fait à sa requête (1). Et je crois même qu'il faudrait considérer la femme comme valablement obligée de payer les frais ainsi faits (2). De même encore la femme devrait être admise à pratiquer seule une saisie-arrêt, l'autorisation ne lui étant nécessaire que lors de l'assignation en validité de la saisie (3). Quant à la saisie-exécution, elle est moins un acte conservatoire qu'un acte d'exécution, aussi ne reconnaitrais-je pas ici à la femme qualité pour agir seule. Cependant, nonobstant le défaut d'autorisation, je crois que la saisie pourrait avoir pour effet d'interrompre une prescription; l'interruption de prescription étant un acte conservatoire au premier chef, que la femme, agissant seule, doit avoir qualité pour accomplir.

Faudrait-il également reconnaître le même effet interruptif à la citation en justice, faite à la

(1) Demolombe, IV, 131, 132.

(2) V. *suprà*, p. 192.

(3) En ce sens, Roger, *De la saisie-arrêt*, n° 379; Dalloz, Rép., v° *Saisie-arrêt*, n° 15. Cpr. Cass., 17 juin 1826, D., 26, 1, 300; Cass., 10 juillet 1828, S. 28, 1, 275.

requête d'une femme non autorisée ? On est à peu près d'accord, malgré l'avis contraire autrefois émis par M. Delvincourt (1), pour répondre affirmativement lorsque l'autorisation d'ester en jugement est accordée par la suite, et ce même cas où cette autorisation n'interviendrait qu'après l'expiration du temps nécessaire à l'accomplissement de la prescription (2).

Cette solution, tout en donnant satisfaction au principe qui permet à la femme de faire seule des actes conservatoires, se rattache en même temps à un ordre d'idées tout différent; je veux parler du caractère de la nullité des actes faits par la femme sans autorisation. C'est en effet un principe fondamental en cette matière, que les tiers n'ont point le droit de se prévaloir d'une nullité qui n'a point été établie dans leur intérêt. Je n'insiste pas davantage, ne voulant point approfondir ici une question qui sort complètement des limites de mon sujet. Cette indication suffit d'ailleurs à nous faire comprendre comment les choses vont se passer si l'autorisation n'est point du tout accordée par la suite. En pareil cas, le tiers assigné ne pouvant deman-

(1) Delvincourt, I, p. 75.

(2) En ce sens, Demolombe, IV, 351; Troplong, *De la prescrip.*, II, 599; Cass., 22 octobre 1807, S. 8, 1, 127; Bourges, 27 novemb. 1829, S. 30, 2, 171; Cass., 21 nov. 1832, S. 33, 1, 97; Civ. rej., 27 mai 1846, S. 46, 1, 747; Cass., 15 déc. 1847, S. 49, 1, 293.

der la nullité de l'assignation, refusera simplement d'engager le débat avec un adversaire sans pouvoirs, de sorte que le défaut d'autorisation entraînera finalement péremption d'instance. Faudra-t-il alors, appliquant l'art. 2247 C. c., considérer l'interruption comme non avenue? Cette solution n'est-elle pas bien rigoureuse, et ne pourrait-on pas dire que la femme capable de faire des actes conservatoires a dû pouvoir, par le fait seul de son assignation, interrompre la prescription sur le point de s'accomplir? L'objection ne se présenterait-elle pas encore avec plus de force, si la femme avait expressément déclaré qu'à défaut d'autres avantages, elle entendait au moins retirer de l'assignation un effet interruptif? La femme a fait tout ce qu'il était en son pouvoir, il ne doit pas dépendre de la mauvaise volonté du mari de l'empêcher d'atteindre un résultat qui, à raison de son caractère même, doit être mis à sa portée. Enfin ne pourrait-on pas ajouter que l'art. 2247 n'a certainement prévu que l'hypothèse où la péremption d'instance résulterait de la volonté même de l'auteur de l'acte interruptif?

En dépit de toutes ces raisons, j'estime qu'il est plus sûr de s'attacher au texte. Et cette solution n'est peut-être pas, après tout, aussi rigoureuse qu'elle paraît tout d'abord. Il est peu vraisemblable que le mari par caprice ou mauvais vouloir

laisse s'accomplir une prescription que la loi, le plus souvent, lui fait un devoir d'interrompre (1). Et s'il en était ainsi, la femme aurait toujours la ressource de s'adresser à la justice. Le plus ordinairement le mari refusera son autorisation, parce qu'il juge la prétention de sa femme dénuée de fondement; or, en pareil cas, il importe peu que la demande puisse être ou non interruptive; le devoir du mari est, avant tout, de s'opposer à ce qu'il soit fait des frais inutiles.

La femme pourrait-elle valablement surenchérir sans autorisation? Un arrêt de la cour de Bruxelles (2), en date du 20 avril 1844, a résolu la question affirmativement, en se fondant sur ce que la surenchère n'était qu'un simple acte conservatoire. Cette manière de voir ne saurait être admise. La réquisition de mise aux enchères peut, sans doute, à un certain point de vue, être considérée comme un acte conservatoire, mais, d'une part, l'engagement auquel elle est subordonnée et, d'autre part, la forme sous laquelle elle se produit, exigent de celui dont elle émane capacité de s'obliger et d'ester en justice (3). Cette solution

(1) Art. 1428 C. c.

(2) S. 13, 2, 42.

(3) En ce sens, Toullier, XIII, 197; Duranton, XX, 403; Troplong, IV, 953; Aubry et Rau, V, p. 143, § 472, et III, p. 525 et 526, § 294; Demolombe, IV, 133; Civ. rej., 14 juin 1824, S. 24, 1, 321; Grenoble, 30 août 1850, S. 51, 2, 625.

devrait être appliquée même à la femme séparée de biens, sauf peut-être à la considérer comme suffisamment autorisée par le jugement qui aurait prononcé la séparation de biens, si la surenchère formée par elle en était la conséquence et l'exécution (1).

J'estime, en revanche, que la surenchère pourrait être régularisée par une autorisation accordée même après l'expiration du délai, refusant aux tiers le droit de se prévaloir d'une nullité qui n'a pas été établie dans leur intérêt. C'est la solution que j'ai déjà donnée pour le cas où la femme, voulant interrompre une prescription, aurait introduit à elle seule une demande en justice.

Cependant, il faut le reconnaître, dans l'hypothèse d'une surenchère, il est permis d'hésiter davantage, le législateur ayant ici fixé un délai fatal, passé lequel la propriété ne saurait demeurer plus longtemps incertaine. Cette considération a paru décisive à quelques-uns (2); je crois néanmoins qu'elle doit être écartée. La règle est en effet que la femme est capable à l'égard des tiers, sous la condition que son mari l'autorisera,

(1) En ce sens, Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, III, p. 525, note 62, § 294; Orléans, 25 mars 1831, D. 31, 2, 167; Civ. cass., 29 mars 1853, S. 53, 1, 442.

(2) Voy. Troplong, *Des hyp.*, IV, n° 954; Duranton, XX, 403; Civ. rej., 1824. S. 24, 1, 321; Grenoble, 30 août 1850, S. 51, 2, 625.

condition dont ils peuvent sans doute exiger l'accomplissement, mais qui, une fois accomplie, leur enlève désormais toute objection (1). Mais, dira-t-on, comment le tiers acquéreur pourra-t-il contraindre dans l'espèce la femme à se faire autoriser, puisque vous lui refusez le droit de demander la nullité de la surenchère? MM. Aubry et Rau (2) me fournissent la réponse à cette objection. D'après ces savants auteurs, on devrait admettre le tiers à refuser de procéder sur l'assignation à lui donnée pour la réception de la caution, tant que l'autorisation ne serait pas rapportée, et même à demander que, faute par la femme de produire cette autorisation dans un délai à fixer par le tribunal, la réquisition de mise aux enchères fût définitivement rejetée.

La femme ayant pouvoir à l'effet de faire seule des actes conservatoires, il semble au premier abord que produire dans une procédure d'ordre et contredire à la collocation du juge-commissaire doivent rentrer dans les limites de sa capacité. Mais il n'y a là qu'une apparence, et la Cour de cassation a très bien jugé que, la procédure d'ordre étant en réalité une instance judiciaire,

(1) En ce sens, Demolombe, IV, 350 ; Aubry et Rau, III, p. 525 et 526, § 294 ; Grenoble, 11 juin 1825, S. 26, 2, 226 ; Civ. rej., 11 juin 1843, S. 43, 1, 465.

(2) Voy. Aubry et Rau, III, p. 526, § 294.

susceptible d'entraîner l'aliénation des droits des parties, la femme ne doit pas pouvoir y éster à son détriment, ni encourir aucune déchéance sans autorisation (1).

La femme pouvant à elle seule prendre des mesures conservatoires contre les tiers, on doit par une juste réciprocité reconnaître à ceux-ci le droit de pratiquer des actes de même nature contre la femme non autorisée (2).

Mais faut-il aller jusqu'à permettre aux tiers des actes d'exécution? On a plusieurs fois jugé l'affirmative (3). Un arrêt de la cour d'Agen (4), entre autres, déclare valable la saisie pratiquée contre la femme non autorisée, attendu que ce n'est pas là une instance judiciaire et que d'ailleurs l'action est dirigée plus particulièrement contre la chose que contre la personne. (Dans l'espèce la femme n'était poursuivie que comme tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué.) Je n'approuve pas cette décision. Tout d'abord il est certain que, si la poursuite en expropriation était exercée contre la femme *débitrice*, elle devrait être

(1) Voy. cass., 21 avril 1828, S. 28, 1, 277; Grenoble, 10 mars 1848, S. 48, 2, 749; Demolombe, IV, 124.

(2) Demolombe, IV, 134.

(3) Voy. Amiens, 21 novembre, 1838, S. 38, 2, 258; Bordeaux, 4 août 1829, D. 30, 2, 3; Besançon, 30 janvier 1863, S. 63, 2, 100.

(4) Voy. Agen, 4 janv. 1844, D. 45, 4, 41.

dirigée, aux termes de l'art. 2208, tant contre la femme que contre le mari. Pourquoi en serait-il autrement lorsque la femme joue simplement le rôle de tiers détenteur ? Il me semble au contraire qu'en pareil cas, il y a un motif de plus pour exiger l'intervention du mari, car le tiers détenteur a des droits, droit de délaisser, droit de purger, qui intéressent son patrimoine, et que la femme ne saurait exercer sans contrôle. Peu m'importe dès lors que la saisie soit ou non une instance judiciaire ! Et sur ce terrain même l'opinion que je combats peut être critiquée ; car si la saisie a, en effet, ses caractères particuliers, elle n'en aboutit pas moins à un jugement (jugement d'adjudication), et l'on est bien forcé d'admettre que ce jugement, même préparatoire, ne peut être prononcé contre la femme en l'absence de toute autorisation (1). Il faudrait donc tout au moins que la femme fût autorisée à ce moment de la procédure. J'ajoute enfin que dire, comme le fait la cour d'Agen, que l'action est dirigée plus particulièrement contre la chose que contre la personne, prouverait beaucoup trop, car un pareil argument s'appliquerait aussi bien à toute action réelle (2).

(1) Voy. les arrêts cités par Dalloz, Rép. au mot *Mariage*, n° 799.

(2) En ce sens, Laurent, III, 406. Voy. égal. Demolombe, IV, 134.

Il me reste maintenant à examiner si, en nous plaçant dans l'hypothèse où la femme devrait être, sans aucun doute, possible considérée comme étant en jugement, et en laissant d'ailleurs de côté la question des actes conservatoires, si, dis-je, en pareil cas, la prohibition de l'art. 215 ne comporte aucune exception.

Signalons tout d'abord la faculté pour la femme d'introduire une demande en séparation de corps ou de biens, sans autorisation (1). Que la femme ne soit point tenue de s'adresser à son mari, cela se conçoit aisément, car la réponse de ce dernier serait certainement négative. Mais on aurait pu soumettre la femme à la nécessité de l'autorisation judiciaire. Or, c'est ce qui n'a pas lieu. D'une part en effet, la femme n'a besoin d'aucune autorisation pour former la requête qui doit être préalablement adressée au président du tribunal (2), et, d'autre part, ce dernier, lorsqu'il échoue soit dans ses observations, soit dans sa tentative de conciliation, ne peut pas s'opposer à ce qu'il soit donné suite à la demande (3) ; son ordonnance n'a donc en aucune façon le caractère d'une autorisation. C'est qu'en effet, dans la pensée du législateur, l'autorisation de justice est

(1) Art. 865, 875 et 878 C. pr.

(2) Art. 865 et 875 C. pr.

(3) Art. 865 et 878 C. pr.

destinée à remplacer l'autorisation maritale, dans les cas seulement où cette dernière est requise, car ce n'est qu'en tant que soumise à l'autorité de son mari que la femme est incapable.

En dehors de cette hypothèse, aucun texte, à ma connaissance, ne vient déroger, au moins expressément, à la règle de l'art. 215. Cependant il est quelques hypothèses qui ont donné naissance à des difficultés et à des controverses.

Tout d'abord on s'est demandé si la femme avait besoin d'autorisation pour introduire une demande en interdiction contre son mari. La cour de Toulouse (1), dans un arrêt du 8 février 1823, a répondu négativement. Et il faut bien qu'il en soit ainsi, dit la cour, autrement l'art. 490 C. c., qui donne à chaque époux le droit de poursuivre l'interdictien de son conjoint, ne recevrait pas son application. Ce raisonnement est loin d'être concluant; autre chose en effet est la faculté d'agir, autre chose la faculté d'agir sans autorisation. La cour de Toulouse l'a bien compris, aussi ne s'est-elle pas arrêtée là. A supposer, dit-elle, qu'une autorisation fût nécessaire, ne faudrait-il pas voir dans l'intervention du tribunal pour la nomination du conseil de famille et pour la significa-

(1) Voy. Dalloz, Rép. au mot *Mariage*, n° 778 2° et S. 23, 2, 130.

tion à faire au défendeur en interdiction, l'équivalent d'une autorisation judiciaire remplaçant l'autorisation maritale? Ma réponse est bien simple : répétant ce que je viens de dire à propos de la séparation, je dirai qu'à mon sens, l'autorisation de justice ne se conçoit que là où l'autorisation maritale est requise ; c'est donc faire fausse route que chercher à éluder la nécessité de cette dernière autorisation, par cette considération que dans l'espèce la femme se trouve judiciairement autorisée.

Un argument qui me touche davantage est celui que l'on tire par analogie des art. 865, 875 et 878 C. pr., desquels il résulte que la femme peut sans autorisation introduire une demande en séparation de corps ou de biens. La demande, dira-t-on, n'est-elle pas, dans un cas comme dans l'autre, dirigée contre le mari, et ne présente-t-elle pas le même caractère de gravité et de personnalité? Je ne crois pas cependant que ce raisonnement soit décisif. Oui, la demande en séparation est dirigée contre le mari, elle porte le plus souvent une atteinte grave à sa réputation, à son honorabilité. En est-il de même d'une demande en interdiction? Je ne le pense pas ; je crois au contraire qu'une pareille demande doit être bien plutôt considérée comme formée dans l'intérêt même du défendeur ; le but que se pro-

pose la femme, celui du moins qu'elle doit se proposer, est un but de protection, elle veut soustraire son mari aux dangers auxquels son état intellectuel ne manquerait pas de l'exposer dans ses rapports avec les tiers (1).

Je repousse donc, pour ma part, la solution de la cour de Toulouse, et je préfère m'attacher à la règle posée par l'art. 215, ne trouvant ni dans les textes, ni dans les considérations que je viens d'exposer, un motif suffisant pour m'en écarter (2).

Un jugement du tribunal de Lyon (3), du 8 juin 1872, adoptant cette manière de voir, dispose formellement que la femme a besoin de l'autorisation de son mari, lors même que la demande formée par elle tendrait à l'interdiction de ce dernier. Il admet toutefois, ce qui paraît acquis en jurisprudence (4), qu'à défaut de cette autorisation, l'accueil de la requête, tendant à la convocation du conseil de famille, faite par la chambre du conseil, implique virtuellement l'autorisation de la présenter.

(1) Voy. Laurent, III, 408.

(2) En ce sens, Merlin, Rép., v^o *Aut. marit.*, sect. VII, n^o 16; Delvincourt, I, p. 322; Demolombe, IV, 126; Laurent, *loc. cit.*

(3) Voy. Dalloz, 73, 3, 7.

(4) Voy.; outre l'arrêt de Toulouse précité, un arrêt de Rouen, 16 floréal an XIII, S. 5, 2, 143.

La femme défenderesse en interdiction a-t-elle besoin d'autorisation ? M. Magnin (1) estime qu'il répugne à la raison qu'une femme imbécile ou en démence puisse être tenue de demander à son mari ou à la justice l'autorisation de défendre à l'interdiction dirigée contre elle. Si, en effet, dit cet auteur, elle avait les facultés intellectuelles nécessaires pour former une pareille demande, elle prouverait par cela même qu'elle jouit de sa raison, et qu'elle se trouve dans un état précisément opposé à celui pour lequel on provoque l'interdiction. Toutefois, dans le sens de l'opinion contraire, il a été jugé qu'en matière d'interdiction comme en toute autre matière purement civile, la femme mariée ne peut ester en justice, même en qualité de défenderesse, sans y avoir été autorisée de son mari, et que dans le cas où l'interdiction a été prononcée contre une femme qui n'avait pas reçu, pour défendre à cette demande, l'autorisation maritale, le mari peut former tierce opposition au jugement d'interdiction et le faire annuler ainsi que les poursuites (2).

Je crois cette dernière opinion plus sûre et plus conforme à la loi (3). Toutefois, je serais assez dis-

(1) *Traité des minorités*, I, p. 672.

(2) Voy. Cass., 9 janvier 1822, S. 22, 1, 156.

(3) Voy. en ce sens, outre l'arrêt précité, Merlin, Rép., XVI, v^o *Autoris. marit.*, sect. VII, n^o 48 bis ; Demolombe,

posé à admettre une exception pour le cas où le ministère public poursuivrait lui-même l'interdiction pour cause de fureur, car il s'agit alors d'une mesure de police et d'ordre public devant laquelle la prohibition de l'art. 215 me paraît devoir s'effacer. Tout au moins faudrait-il reconnaître au ministère public le droit de requérir l'autorisation que le mari se refuserait à accorder.

Une question qui a soulevé une controverse des plus intéressantes, est celle de savoir si la femme peut plaider sans autorisation en nullité de son propre mariage.

La négative est soutenue par beaucoup d'interprètes et elle a pour elle l'appui de la jurisprudence. « Mariée de fait, dit Merlin (1), la femme est censée l'être de droit, tant qu'un jugement n'a pas déclaré son mariage nul; ce n'est donc que comme mariée qu'elle peut poursuivre ce jugement, et elle ne peut, comme telle, le poursuivre légalement qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice. En vain, dirait-on qu'elle se contredirait elle-même, si elle procédait comme femme mariée alors qu'elle agit pour faire juger qu'elle ne l'est pas. L'action qu'elle intente pour faire juger qu'elle n'est pas mariée de droit,

IV, 425; Aubry et Rau, V. p. 439, § 472. Voy. toutefois Cass., 9 mai 1829, S. 29, 1, 278.

(1) Voy. Merlin, Rép., v^o *Mariage*, sect. VI, § 2.

emporte implicitement de sa part la reconnaissance qu'elle est mariée de fait; et c'en est assez pour la soumettre aux règles établies par les articles 215 et 218 C. c. » J'ai cru devoir citer en entier ce passage qui me paraît reproduire très nettement l'argumentation des partisans de la négative (1). En résumé, tout le raisonnement repose sur les deux considérations suivantes : 1° provision est due au titre, la femme qui demande la nullité de son mariage doit donc jusqu'à nouvel ordre être traitée comme une femme mariée valablement; 2° étant donné que dans l'espèce la femme doive être traitée comme femme mariée, il est impossible, en l'absence d'un texte, de la soustraire à l'application de l'art. 215.

Les partisans de cette doctrine paraissent cependant admettre une exception pour le cas où la femme, s'inscrivant en faux contre l'acte de célébration du mariage, prétendrait qu'elle n'a point été mariée du tout (2). C'est en ce sens qu'il faut, je crois, interpréter un arrêt de cassation (3)

(1) Voy. notamment dans le sens de cette opinion, Demolombe, IV, 127; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, III, 104; Civ. cass., 21 janv. 1845, S. 45, 1, 366; Req., 10 février 1851, S. 51, 1, 202; Civ. cass., 12 mai 1858, S. 58, 1, 720.

(2) Cpr. Laurent, *loc. cit.*

(3) Voy. dans Sirey, 24, 1, 260.

en date du 31 août 1824, qui reconnaît que la femme qui soutient la simulation du mariage, doit être durant le litige « suffisamment fondée à agir de son chef et sans requérir une autorisation qu'elle n'aurait pu demander sans se mettre en contradiction avec elle-même. »

Mon savant maître, M. Labbé, dans une dissertation que l'on peut trouver en note dans Sirey (1), a défendu l'affirmative en plaçant la question sous un jour tout nouveau. Voici à quel propos. La cour de Paris, appelée à statuer sur la validité du second mariage contracté par la princesse de Bauffremont avec le prince Bibesco, avait conclu à la nullité de cette dernière union. La princesse s'était pourvue en cassation, alléguant, entre autres moyens, qu'elle n'avait pu plaider valablement sur la validité de son second mariage sans l'autorisation du prince Bibesco, qui avait à son égard la possession d'état actuel d'époux. Cette prétention était manifestement mal fondée, et la Cour suprême ne crut pas même devoir se prononcer sur la valeur de ce moyen assurément bien imprévu. Et en effet, comme le fait très justement remarquer M. Labbé, du moment que l'on exige une autorisation, il ne peut s'agir en l'espèce, dans une législation qui considère le ma-

(1) S. 78, *Affaire Bauffremont*.

riage comme indissoluble, que de celle du premier mari. Mais on peut concevoir des hypothèses beaucoup plus embarrassantes. Et pour n'en citer qu'une et des plus simples, que décider si, en présence de deux mariages célébrés successivement en France et entre Français, le litige roulait sur la nullité du premier mariage ? Exigerez-vous dans ce cas l'autorisation du premier mari, sous prétexte que c'est la première union qui doit, jusqu'à preuve contraire, être seule prise en considération ? Mais ne pourra-t-on pas trouver bien étrange qu'il faille s'adresser à celui dont la qualité se trouve précisément contestée ? Comment sortir d'embarras ? Non pas sans doute en exigeant une double autorisation, une telle solution ne serait pas en harmonie avec notre législation sur le mariage ; aux yeux de la loi, il ne doit et ne peut exister qu'un mari.

Le moyen le plus naturel serait de dispenser, en pareil cas, la femme de toute autorisation, et les difficultés que l'on rencontre, si l'on persiste à suivre une voie différente, sont de nature à faire supposer que l'art. 215 est inapplicable aux contestations dans lesquelles l'existence même du mariage est mise en jeu. Et, en effet, n'est-il pas bien bizarre d'imposer à la femme un acte de soumission qui constitue en quelque sorte un démenti préalable à la prétention qu'elle élève ? Cette

bizarrerie est si manifeste que M. Laurent, qui pourtant admet la nécessité de l'autorisation, approuve formellement l'arrêt de cassation de 1824, que j'ai rapporté plus haut, aux termes duquel la femme, qui s'inscrit en faux contre l'acte de célébration de son mariage, doit être dispensée d'autorisation (1). Cette concession me paraît la condamnation du système adverse ; car si la contradiction est peut-être encore plus frappante dans ce cas particulier, elle n'en subsiste pas moins dans tous les autres. Non ! il ne saurait y avoir lieu à autorisation maritale, car le mari ne peut pas, suivant l'expression de M. Labbé, s'appuyer sur ce qui est en question pour interdire à sa prétendue femme le débat de la question elle-même. Et s'il n'y a pas lieu à autorisation maritale, il ne saurait être davantage besoin d'autorisation de justice, celle-ci n'étant jamais requise que pour remplacer la première (2). Et s'il nous faut absolument des textes pour nous permettre d'éluder la règle de l'art. 215, il me semble que c'est bien ici le cas d'argumenter, par analogie, des dispositions du Code de procédure relatives à la séparation judiciaire. Cette analogie, que je me suis refusé à admettre au cas de demande en

(1) Cpr. Laurent, *loc. cit.*

(2) V. *suprà*, p. 208.

interdiction (1), me paraît au contraire frappante en l'espèce. Dans les deux cas, l'action est bien réellement dirigée contre le mari, et s'il y a une différence, c'est que le caractère de gravité et de personnalité qui a fait dispenser la demande en séparation de la nécessité de l'autorisation, alors cependant que les procès entre époux y demeureraient soumis, se retrouve ici avec plus de force encore. Pourquoi donc la solution ne serait-elle pas la même (2)?

J'en ai terminé avec les controverses que soulève en matière civile l'application de l'art. 215. En matière criminelle, une restriction considérable est apportée à notre règle par l'art. 216, ainsi conçu : « L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police. »

Point de difficulté lorsque la femme est poursuivie devant un tribunal répressif par le ministère public. Tout le monde reconnaît, en pareil cas, que la femme n'a pas besoin d'autorisation pour se défendre.

On est aussi généralement d'accord pour donner la même solution, lorsqu'il s'agit pour la

(1) V. *suprà*, p. 210.

(2) Voy. en ce cas les conclusions de M. l'avocat général Pascalis, *Journal du Palais*, 45, 1, 202. Voy. également Cubain, *Droit des femmes*, p. 210.

femme de défendre à l'action formée contre elle par la partie lésée accessoirement à l'action publique. Et, en effet, exiger dans cette hypothèse l'intervention du mari, aurait pour résultat de priver le plus souvent la partie civile du bénéfice que la loi lui accorde, de pouvoir introduire sa demande en dommages-intérêts pendant tout le cours des débats (1).

Mais un point fort débattu est celui de savoir si la même exception doit être admise, alors que la poursuite est exclusivement dirigée par la partie civile. L'affirmative est soutenue par M. Demolombe (2), qui invoque, à l'appui de son opinion, d'une part, le texte de l'art. 216 conçu dans les termes les plus généraux ; d'autre part, le motif qui a inspiré au législateur cette disposition. « Alors, disait Portalis dans son exposé des motifs, l'autorité du mari disparaît devant celle de la loi, et la nécessité de la défense naturelle dispense la femme de toute formalité (3). »

Je préfère la négative. J'estime que le véritable motif de l'art. 216 n'est pas tant un prétendu

(1) En ce sens, Marcadé, sur l'art. 216, n° 1 ; Aubry et Rau, V, p. 140, texte et note 14, § 472.

(2) Voy. Demolombe, IV, 143. Dans le même sens, Massé et Vergé sur Zachariæ, I, p. 232 ; Cass., 31 mai 1816, S. 16, 1, 271.

(3) Locré, *Législ. civile*, IV, p. 583.

droit de défense naturelle, droit qui existe aussi bien en matière civile qu'en matière criminelle, que l'inutilité même d'un recours au mari, dont l'intervention ne saurait, en aucun cas, soustraire la femme aux poursuites dirigées contre elle. Entre le ministère public qui réclame l'application de la loi, et la femme, l'intermédiaire du mari ne se comprend pas, et c'est évidemment cette hypothèse que Portalis avait en vue, lorsqu'il disait qu'« alors l'autorité du mari s'efface devant l'autorité de la loi. » Mais, il n'en est plus ainsi, lorsque la partie qui se prétend lésée exerce seule l'action. Ici, au contraire, l'intervention du mari se comprend à merveille, car il peut être de l'intérêt de la femme de ne pas se défendre, et de dédommager de suite le plaignant pour empêcher le ministère public de conclure contre elle, au cas où un fait criminel viendrait à être établi. Je sais bien que l'art. 216 est conçu en termes très larges, et que l'on peut bien dire que nous sommes en matière criminelle, puisque l'action est portée devant un tribunal répressif, et que, d'ailleurs, d'un moment à l'autre, le ministère public peut prendre des conclusions contre la femme. Je sais tout cela; mais il me semble que l'on peut répondre que, quant à présent, du moins, l'action, ayant uniquement pour objet des dommages-intérêts, est une action purement ci-

vile (1) qui doit être, par conséquent, régie par l'art. 215 et non par l'art. 216 (2).

SECTION III

Influence des conventions matrimoniales sur l'étendue des pouvoirs de la femme.

Je viens d'indiquer aussi complètement que je l'ai pu, les différents actes qui, malgré l'incapacité générale dont elle se trouve frappée, demeurent néanmoins permis à la femme.

Je me suis préoccupé d'abord de la liberté d'action qu'il fallait lui reconnaître dans le gouvernement de la famille ; j'ai recherché ensuite, en me plaçant sur le terrain proprement dit de la capacité juridique, les différentes hypothèses dans

(1) C'est ainsi qu'elle a été envisagée récemment par le tribunal des conflits. Il s'agissait dans l'espèce de savoir si l'art. 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, aux termes duquel « à l'avenir le conflit d'attributions entre les tribunaux et l'autorité administrative ne sera jamais élevé en matière criminelle, » était applicable à la plainte portée au criminel contre des fonctionnaires, alors que le ministère public avait refusé de se joindre à la partie civile. Le tribunal des conflits, par un jugement en date du 22 décembre 1880, a pensé que les mots « en matière criminelle » devaient s'entendre uniquement de l'action publique. Voy. le *Droit* du 24 décembre 1880.

(2) En ce sens, Aubry et Rau, V, p. 140, note 14, § 472 ; Laurent, III, n° 140.

lesquelles par exception la femme pouvait faire seule des actes intéressant son patrimoine.

La plupart des questions qui se sont présentées à mon esprit, dans ce double examen, je les ai résolues sans me préoccuper des conventions matrimoniales qui avaient pu intervenir entre les époux. Maintenant se pose la question de savoir si, en vertu de certaines clauses, par l'adoption de certains régimes, la femme ne pourrait pas augmenter ou restreindre l'étendue de ses pouvoirs.

En ce qui concerne les attributions qui se rattachent à l'organisation de la famille, la réponse n'est pas douteuse. Il est bien évident que les dispositions de la loi à cet égard sont essentiellement d'ordre public, et que la convention des parties ne saurait y déroger. Ceci, d'ailleurs, se trouve expressément confirmé par l'art. 1388 C. c., qui défend de déroger aux droits résultant de la puissance maritale ou conférés au survivant des époux sur la personne des enfants.

Je dois signaler cependant, comme se rattachant à cet ordre d'idées, une controverse qui s'est élevée relativement à la clause qui accorderait à la femme le droit d'élever ses enfants, le plus ordinairement ses filles, dans sa propre religion. Ma réponse est bien simple. Je dirai : la loi confie au

père seul, durant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle, et, par suite, le droit d'éducation qui en est un des principaux éléments ; c'est là une disposition d'ordre public par excellence ; dès lors aucune stipulation, aucun pacte n'y saurait déroger. Et si le mari croit devoir, par la suite, se refuser à la concession qu'il avait d'abord pensé pouvoir faire, il est toujours libre d'agir comme il l'entend. Sans doute, et j'ai eu déjà occasion de m'expliquer sur ce point, l'autorité du père n'est pas tellement absolue qu'il ne soit jamais permis aux tribunaux d'intervenir dans l'intérêt des enfants. Mais, ce n'est là qu'une mesure extrême, qui ne saurait être justifiée que par des circonstances particulièrement graves, et que la clause dont nous nous occupons ne pourrait motiver à elle seule (1).

En ce qui concerne plus particulièrement la capacité de la femme mariée, nous devons également poser en principe qu'elle ne saurait être modifiée par la convention des parties. Ce point a été développé avec un rare talent par notre maître si regretté, M. Valette, dans deux dissertations que l'on peut trouver dans le recueil intitulé : *Mélanges*, dû à la collaboration de MM. Hé-

(1) En ce sens, Duranton, XIV, n° 24 ; Zachariæ, III, p. 402, § 504 ; Odier, II, n° 628 ; Troplong, I, n° 61. *Contrà*, Rodière et Pont, I, 63.

rold et Lyon-Caen (1). Il est vrai que, dans l'espèce, il s'agissait de savoir si la femme avait pu, par une clause insérée dans son contrat de mariage, non pas augmenter ou restreindre le nombre des cas dans lesquels elle a qualité pour agir en l'absence de toute autorisation, mais rendre son incapacité plus complète en s'interdisant certains actes, alors même qu'elle aurait été autorisée à les faire. Mais si l'espèce est un peu différente, le principe n'en subsiste pas moins, et nous devons le retenir.

J'ajoute que l'art. 1388 confirme en partie cette solution, car il défend de déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de sa femme, et par conséquent de la soustraire à la nécessité de l'autorisation, dans les cas où cette autorisation est requise.

Il résulte de ce texte que la convention des parties serait tout au moins impuissante à augmenter la capacité de la femme, ce qui au point de vue où nous nous plaçons est la seule hypothèse vraiment pratique. Il est peu probable, en effet, qu'il vienne à l'idée des parties de diminuer le nombre des cas dans lesquels la femme peut agir sans autorisation, ces cas constituant, comme on a pu s'en convaincre, des exceptions fort ra-

(1) I, p. 313 et s.

res, imposées la plupart du temps par la force même des choses.

Maintenant il est possible que la loi attache elle-même à l'adoption de certains régimes, voire même à certaines clauses particulières qu'elle autorise, le pouvoir de modifier, sinon la capacité, tout au moins les pouvoirs de la femme (1). Quels sont ces régimes, quelles sont ces clauses, telle est la question qu'il nous faut examiner.

Il est tout d'abord évident que, si le régime adopté par les époux est celui de la communauté légale, les pouvoirs de la femme sont, en tout point, ceux que nous avons indiqués comme résultant des art. 215 et s. La communauté légale constitue en France le régime de droit commun, c'est celui sous lequel se trouvent mariées les parties lorsqu'elles n'ont point fait de contrat, c'est tout particulièrement en vue de ce régime qu'ont été écrits les articles relatifs à la capacité de la femme.

Au contraire, si les époux ont stipulé la séparation de biens, il est certain que l'adoption de ce régime entraîne une augmentation de pouvoirs pour la femme, laquelle conserve alors l'entière administration de ses biens (2).

(1) Voy. *infra*, p. 228.

(2) La femme séparée de biens n'est d'ailleurs soustraite à la nécessité de l'autorisation que dans les limites de ses

Et en dehors de ces deux hypothèses extrêmes, j'estime qu'il est toujours loisible à la femme mariée sous le régime de communauté conventionnelle ou sans communauté de se réserver, par une clause spéciale, la jouissance et l'administration de ses biens. Que cette clause soit permise, au cas d'exclusion de communauté, c'est ce dont il n'est guère permis de douter en présence de l'art. 1534 C. c., qui autorise la femme à toucher annuellement certaines portions de ses revenus sur ses seules quittances. Et ce qui est vrai sous le régime exclusif de communauté doit l'être également sous le régime de communauté, en tant qu'il s'agit de biens demeurés propres à la femme, les droits du mari sur les biens personnels de la femme étant, sous l'un comme sous l'autre de ces régimes, absolument identiques. Au reste, l'art. 1534 n'existât-il pas, je n'hésiterais pas à déclarer la clause valable, et voici pourquoi. Sous le régime de séparation de biens, la femme conserve l'administration de sa fortune ; or, s'il en est ainsi, je ne vois pas pourquoi la femme ne pourrait pas faire une combinaison du régime de communauté ou sans communauté

pouvoirs d'administration. Le rapprochement des art. 215 et 217 d'une part, et des art. 1449 et 1536 C. c. d'autre part, suffit pour nous en convaincre. Voy. d'ailleurs la section suivante.

avec le régime de séparation de biens. La loi autorise la femme à se réserver l'administration de tous ses biens, pourquoi ne pourrait-elle pas se contenter d'une administration partielle? qui peut le plus peut le moins (1).

L'art. 223 me confirme d'ailleurs dans cette manière de voir. Il semble bien en effet considérer comme toujours permise la clause qui réserverait à la femme l'administration de ses biens, quel que soit le régime adopté. Seulement, et j'aurai à insister sur ce point dans la section suivante, il fait un rapprochement malheureux entre une semblable clause et une autorisation générale. Il me paraît certain, en effet, que, lorsque la femme se réserve, par contrat de mariage, la faculté d'administrer tout ou partie de ses biens, elle augmente ses pouvoirs, sans qu'on puisse d'ailleurs la considérer comme agissant en vertu d'une autorisation quelconque. Et la preuve, c'est qu'il ne saurait jamais être question de retirer à la femme la faculté qu'elle s'est réservée, ce qui serait porter atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales, tandis qu'il demeure toujours permis de révoquer une autorisation, eût-elle été accordée par contrat de

(1) Voyez Pothier, *De la comm.*, n° 466. En ce sens. Rodière et Pont, I, n°s 68 et 69; Troplong, I, n°s 66 et 67. Cpr. Cass., 24 août 1836, S. 36, 1, 913.

mariage, car cette circonstance ne peut pas lui enlever son caractère essentiellement révocable (1).

Cette latitude laissée à la femme de se réserver à son gré des pouvoirs d'administration, me porte à penser qu'aux yeux du législateur la femme mariée n'est pas à proprement parler incapable de faire des actes de cette nature. Sans doute, le plus souvent et en l'absence de toute convention matrimoniale, la femme n'aura en réalité aucun pouvoir d'administration, et c'est pour ce motif que, lorsque j'ai étudié l'étendue de la liberté d'action laissée à la femme après son mariage, en me plaçant à un point de vue général et abstraction faite des clauses insérées au contrat, j'ai gardé le silence sur ce point ; mais ce n'est pas à dire que la femme n'ait pas toujours en elle, à l'état latent, la capacité d'administrer. Si elle n'administre pas, c'est parce que le plus ordinairement il n'existe pas de biens sur lesquels ses pouvoirs d'administration puissent s'exercer. Il me paraît donc plus exact de considérer les conventions matrimoniales comme fournissant, en fait, à la femme l'occasion de faire usage d'une capacité que le mariage laisse toujours subsister, [et non comme étant la source

(1) V. *infra*, p. 297.

d'une augmentation de capacité proprement dite. En d'autres termes, la femme qui se réserve par contrat l'administration de tout ou partie de ses biens augmente ses pouvoirs sans augmenter sa capacité.

Les pouvoirs d'administration attribués à la femme peuvent être plus ou moins étendus, cela dépendra de la convention des parties ; mais sans pouvoir toutefois dépasser ceux que la loi reconnaît à la femme séparée de biens. Au delà de ces limites, nous entrons en effet dans le domaine de l'incapacité véritable, où la convention n'a plus accès.

Il est possible que la faculté d'administrer ne résulte pas pour la femme des clauses de son contrat et qu'elle lui ait été simplement octroyée par son mari au cours du mariage. La femme devrait alors être considérée comme mandataire de son mari, lequel continuerait à administrer par son intermédiaire, conservant ainsi toute la responsabilité qu'il a assumée et à laquelle il ne peut se soustraire (1).

Notons enfin que, si la femme peut se réserver l'administration de tout ou partie de ses biens personnels, elle ne saurait jamais en revanche stipuler une clause analogue en ce qui touche les

(1) Voy. *infra*, p. 340.

biens de la communauté. C'est en qualité de chef que le mari a l'administration, je devrais presque dire la libre disposition des biens communs, et l'art. 1388 défend formellement de déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef. La femme pourra sans doute être chargée d'administrer la communauté, mais elle n'agira alors que comme mandataire de son mari et sous la responsabilité de ce dernier (1).

Lorsque la femme est mariée sous le régime dotal, et dans l'hypothèse du moins où elle n'aurait pas stipulé dotaux tous ses biens présents et à venir, l'administration de tous les biens extra-dotaux ou paraphernaux lui appartient de droit (2), et cette administration, c'est là du moins la thèse que je défendrai (3), lui confère des pouvoirs identiques à ceux d'une femme séparée.

Quant aux biens dotaux, l'administration et la jouissance en appartiennent au mari, et la femme demeure pour le moins, par rapport à cette partie de sa fortune, tout aussi incapable que la femme commune. Mais ne l'est-elle pas

(1) Voy. Lebrun, I. ch. III, nos 4 et 5 ; Rodière et Pont I, n° 66 ; Troplong, I. n° 64 ; Marcadé, art. 1388, n° 6 ; Aubry et Rau, V, p. 266, texte et note 3, § 504.

(2) Voy. art. 1576 C. c.

(3) Voy. *infra*, p. 239.

davantage ? Il est bien certain que, si l'on se place au point de vue de l'effet des obligations contractées par la femme, dans le cas où elle demeure capable de s'obliger sans autorisation, l'inaliénabilité des biens dotaux diminuera notablement l'étendue de ses pouvoirs, en ce sens qu'en règle générale, ces obligations ne pourront être exécutées sur les biens dotaux. Mais, c'est là un point de vue tout particulier, que j'examinerai spécialement dans la dernière section de ce chapitre. Pour le moment je me borne à rechercher l'influence que les conventions matrimoniales peuvent exercer sur la capacité de la femme, en augmentant ou en restreignant le nombre des cas dans lesquels elle peut agir sans autorisation. Or, sous ce rapport, il est certain que l'inaliénabilité des biens dotaux n'exerce aucune influence. En effet, pour ceux-là même qui croient reconnaître dans l'art. 1554 un statut de capacité, il demeure bien établi que la conséquence de ce texte est non pas de retirer à la femme une capacité que le droit commun lui reconnaît, puisque l'art. 217 lui défend d'aliéner, mais seulement de renforcer cette incapacité (1). Or c'est là un tout autre point de vue.

(1) C'est une question très débattue, dans le détail de laquelle je n'ai pas à intervenir, que de savoir si l'art. 1554 C. c. consacre une règle d'incapacité ou d'indisponibilité.

Et je n'aurais pas, si ce n'est à propos de l'effet des obligations, à me préoccuper de l'inaliénabilité des biens dotaux, si cette inaliénabilité coïncidait toujours avec la prohibition d'aliéner de l'art. 217. Mais il n'en est pas toujours ainsi. D'une part, en effet, la femme séparée judiciairement est maîtresse de disposer de son mobilier et de l'aliéner, tandis qu'au contraire la dot mobilière, inaliénable dans le système de la jurisprudence, continue à le demeurer après la séparation. Il est bien certain qu'en pareil cas, l'inaliénabilité de la dot occasionne une diminution de pouvoirs pour la femme qui se trouve dans l'impossibilité de disposer de son mobilier dotal. J'ajoute que, si l'on considère avec moi la séparation comme n'augmentant pas la capacité de la femme, mais lui fournissant seulement l'occasion d'en faire un plus complet usage, et si d'autre part on envisage l'inaliénabilité de la dot comme un statut d'incapacité, ce qui me paraît plus juridique, on est amené à voir dans notre hypothèse, non seulement une diminution de pouvoirs, mais une véritable diminution de capacité.

On pourrait également présenter une observation du même genre, en ce qui concerne les re-

MM. Aubry et Rau, V, p. 619, note 8, § 539, et Laurent, XXIII, 501, tiennent pour ce dernier parti; M. Colmet de Santerre, VI, 232 *bis* I, défend au contraire le premier.

venus. En effet, la femme séparée peut en disposer librement, tandis que la femme dotale au contraire, c'est là du moins l'opinion qui paraît aujourd'hui prévaloir en jurisprudence (1), ne peut engager les revenus de la dot par les obligations qu'elle contracte, si ce n'est dans les limites de leur excédent sur les besoins du ménage.

Notons en passant que l'inaliénabilité de certains biens personnels de la femme peut se rencontrer sous d'autres régimes que le régime dotal, et notamment sous le régime de communauté. C'est là du moins l'opinion très généralement admise (2). Elle repose sur cette considération que les parties sont maîtresses de régler comme elles l'entendent leurs conventions matrimoniales, et de faire à cet effet des emprunts à tel ou tel régime du Code civil. J'ajoute que l'art. 1584 C. c., en autorisant la combinaison du régime dotal avec une société d'acquêts, paraît bien fournir un argument décisif à l'appui de cette solution (3). Cela étant, et en admettant que les

(1) Voy. notamm. Civ. cass., 12 mars 1866, S. 66, 1, 159 ; Civ. cass., 27 juillet 1875, D. 75, 1, 401.

(2) Voy. notamm. une dissertation de M. Emile Ollivier, dans la *Revue pratique*, III, p. 529. Dans le même sens, Req., 16 avril 1856, S. 56, 1, 411 ; Civ. rej., 7 fév. 1855, S. 55, 1, 580. *Contra*, Troplong, I, n° 80.

(3) Voici ce que disait à cet égard le tribun Duveyrier :
« Je n'ai pas besoin d'observer qu'en permettant au ré-

parties aient entendu donner à cette inaliénabilité conventionnelle la même étendue qu'à la prohibition de l'art. 1554 C. c., il y aurait lieu de répéter tout ce que je viens de dire à propos du régime dotal.

Faut-il admettre la femme dotale à se réserver l'administration de tout ou partie de ses biens dotaux ? Si nous répondions affirmativement, nous pourrions retrouver dans cette hypothèse le conflit que je viens de signaler entre l'inaliénabilité de la dot d'une part, et d'autre part le droit de disposer de son mobilier résultant pour la femme de l'administration qu'elle s'est réservée. Mais je ne crois pas qu'une pareille clause soit possible. Il est de l'essence de la dot d'être jouie et administrée par le mari, et à ce double point de vue les biens dotaux doivent être assimilés aux biens communs. Ceci me semble résulter de ce qui a été dit au conseil d'Etat par MM. Tronchet et Treilhart (1), lesquels paraissent bien supposer qu'on ne peut enlever au mari l'administration de la dot (2). Ce n'est pas à dire

gime dotal la stipulation d'une société d'acquêts, c'est permettre au régime de communauté la stipulation d'une dot inaliénable. Même motif, même principe, même conséquence. » Voy. Locré, XIII, p. 397.

(1) Voy. Fenet, XIII, p. 539 et p. 541.

(2) En ce sens, Troplong, I, 69 ; Marcadé, sur les articles 1387-1389, n° 6 ; Aubry et Rau, V, p. 549, texte et note 16,

cependant qu'il ne faille tenir aucun compte d'une stipulation de ce genre, et j'admettrais que les biens qualifiés dotaux, dont la femme se serait réservé l'administration, devraient être en réalité traités comme paraphernaux et partant aliénables (1).

SECTION IV

De la femme séparée de biens.

Dans quelle mesure l'incapacité de l'art. 217 cesse-t-elle d'être applicable à la femme relativement aux biens dont elle s'est réservé l'administration ? Telle est la question que je me propose d'examiner dans cette section.

J'écarte tout d'abord l'hypothèse où la femme, mariée sous le régime de communauté, ou sous un régime exclusif de communauté, se serait attribué par une clause spéciale l'administration de certains de ses biens. Il est évident qu'en pareil cas, ses pouvoirs seront ce que la convention les aura faits, sans toutefois dépasser, d'après une remarque déjà faite (2), ceux que la loi reconnaît à la femme séparée par contrat. Mais que décider re-

§ 535. *Contrà*, Rodière et Pont, I, 70 ; Zachariæ, III, p. 569, § 535, note 1.

(1) Cpr. Civ. rej., 2 mars 1837, S. 37, 4, 193.

(2) Voy. *suprà*, p. 229.

lativement à cette dernière? Que décider également en ce qui concerne la femme dotale par rapport à ses paraphernaux?

Chacune de ces hypothèses se trouve régie par des textes spéciaux (1), lesquels, quoique conçus en termes analogues, présentent cependant des différences de rédaction. Y a-t-il là des nuances dont il faille tenir compte? La question se complique encore, si l'on se reporte à l'art. 1449 C. c., qui détermine la capacité de la femme séparée judiciairement. Les rédacteurs du Code ont-ils entendu attribuer à la femme séparée par contrat les mêmes pouvoirs que dans le cas de séparation judiciaire, et faut-il compléter les unes par les autres les dispositions relatives à ces deux espèces de séparation?

On a soutenu et on soutient encore que la capacité de la femme séparée judiciairement est plus grande que la capacité de la femme séparée par contrat, en ce sens que la première seule peut disposer de son mobilier. Je reconnais volontiers et je me propose d'insister tout à l'heure sur ce point vivement controversé (2), que l'art. 1449 permet à la femme séparée judiciairement d'aliéner ses meubles en toute liberté; voyons donc s'il est

(1) Voy. les art. 1536 et 1538 C. c. d'une part, et l'article 1576 C. c. d'autre part.

(2) Voy. *infra*, p. 245.

vraiment impossible de refuser à la femme séparée par contrat la même faculté.

La négative paraît bien résulter de la combinaison des art. 217 et 1536. L'art. 217 porte en effet que la femme *même séparée* ne peut aliéner ; or, l'art. 1536, qui s'occupe de régler la capacité de la femme séparée par contrat, est, à la différence de l'art. 1449, absolument muet en ce qui concerne les actes de disposition (1). MM. Rodière et Pont (2) invoquent en outre un argument tiré d'après ceux de la nature même des choses. Si la femme séparée de corps peut aliéner son mobilier, cela tient, disent-ils, à ce que, ses rapports avec son mari ayant complètement cessé, la nécessité d'une autorisation pour toute aliénation mobilière pourrait devenir fort gênante. Cette considération ne peut plus, il est vrai, être invoquée au cas de séparation de biens, mais ne peut-on pas dire alors que, cette séparation prouvant tout au moins le peu d'aptitude du mari, on conçoit que le législateur ait affranchi la femme, en ce qui concerne l'aliénation de son mobilier, de la nécessité d'une autorisation dont un mari prodigue pourrait être tenté de trafiquer ?

Je ne suivrai pas cette opinion. Je remarque

(1) En ce sens, Vazeille, II, 315 et 316 ; Fouquet, *Encycl. du droit*, n° 53 ; Rodière et Pont, III, 2005.

(2) Voy. *loc. cit.*

tout d'abord que, si elle était fondée, il faudrait refuser à la femme le droit de stipuler à son profit le bénéfice de la disposition de l'art. 1449-2°; car il serait contraire aux principes que j'ai exposés précédemment (1) que la femme pût se réserver, par une clause spéciale, une capacité plus grande que celle que la loi reconnaît à la femme séparée de biens par contrat. Or, c'est ce que ne font point nos adversaires (2), et c'est ce qu'ils ne pouvaient pas faire. Car l'art. 1536, qui paraît à première vue favorable à l'opinion que je combats, n'est pas seul, et l'art. 1538-1°, en exceptant les meubles de sa prohibition, donne formellement à entendre que l'aliénation du mobilier reste dans le domaine de la convention. J'ajoute, malgré ce qu'ont pu dire MM. Rodière et Pont, qu'il n'y a aucune bonne raison pour reconnaître à la femme séparée des pouvoirs différents, suivant que la séparation serait conventionnelle ou judiciaire; car s'il existe au cas de séparation de corps une raison sérieuse pour élargir les pouvoirs de la femme, cette raison n'existe plus lorsqu'il s'agit d'une simple séparation de biens judiciaire, et l'explication, souvent contraire à la réalité des choses, à laquelle nos savants adversaires sont alors obligés

(1) Voy. *suprà*, p. 229.

(2) Voy. not. Rodière et Pont, III, 2006.

de recourir, est la meilleure preuve de la faiblesse de leur argumentation. La femme séparée par jugement a « la libre administration (1), » la femme séparée par contrat, « l'entière administration (2). » Si les expressions sont différentes dans la forme, elles signifient évidemment la même chose dans le fond, et les conséquences doivent être dans les deux cas identiques (3).

Ce premier point étant élucidé, il nous reste maintenant à nous demander s'il convient de reconnaître à la femme dotale, relativement à ses paraphernaux, les mêmes pouvoirs qu'à la femme séparée de biens judiciairement ou par contrat, il est entendu désormais que la chose est indifférente. Cette question est beaucoup plus embarrassante que la précédente. Il est évident qu'en bonne logique, il n'existe aucune raison de distinguer sur ce point. On peut soutenir cependant, et cette fois le texte s'y prête à merveille, que la femme ne peut point aliéner son mobilier paraphernal sans autorisation. « La femme, porte l'art. 1576, a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux; mais elle ne peut les aliéner ni

(1) Voy. art. 1449 C. c.

(2) Voy. art. 1536 C. c.

(3) En ce sens, Troplong, III, 2282; Marcadé, sur l'article 1449, n° 4; Demolombe, IV, 148; Aubry et Rau, V, p. 519, note 2, § 532; Paris, 11 mars 1811, D. 12, 2, 21.

paraître en jugement à raison desdits biens, sans l'autorisation du mari, ou, à son refus, sans la permission de justice. » Ce texte, dit-on, est bien formel, il interdit à la femme d'aliéner ses parapher-naux, aussi bien ses meubles que ses immeubles, car il ne distingue pas. Ajoutons que l'aliénation étant englobée dans la même prohibition que le fait d'ester en jugement, pour prétendre que la défense d'aliéner ne vise que les immeubles, il faudrait admettre que la défense de plaider comporte la même limitation, ce qui est évidemment inadmissible (1).

L'argument me paraît en forme, et je crois qu'à s'en tenir à la lettre de la loi, il est impossible de ne pas admettre la solution que je viens d'indiquer. Je ne l'adopterai pas cependant. Il me semble, en effet, que le rapprochement des art. 1449, 1536, 1538-1°, prouve clairement que la pensée du législateur a toujours été de considérer l'aliénation des meubles comme rentrant, pour la femme mariée jouissant de l'administration de tout ou partie de ses biens, dans les limites de cette administration. Je suis dès lors porté à croire que l'art. 1576 n'a entendu prohiber que les aliénations d'immeubles, et que le rapprochement fait par cet

(1) En ce sens, Rodière et Pont, III, 2003-2005; Laurent, XXIII, 573.

article entre la défense d'aliéner et la défense d'ester en jugement, doit être considéré plutôt comme le résultat d'une rédaction défectueuse que comme l'indice d'une volonté bien certaine de la part du législateur de donner la même portée à chacune de ces prohibitions (1).

Ma conclusion sera donc que la femme, dans tous les cas où elle a conservé la jouissance et l'administration de tout ou partie de ses biens, jouit, abstraction faite des conventions qui pourraient en avoir diminué l'étendue, de pouvoirs toujours identiques, et qui sont en même temps ceux que la loi reconnaît à la femme séparée judiciairement.

Il est facile de comprendre maintenant pourquoi j'ai intitulé cette section « De la femme séparée de biens; » il est clair en effet que déterminer les pouvoirs de la femme dans l'espèce, c'est résoudre du même coup la question pour tous les cas où la femme se sera réservé des droits d'administration.

Tout d'abord, il est bien certain que la femme séparée pourra faire seule tous ces actes qui par leur nature, l'usage général et les dispositions mêmes de la loi, sont considérés comme des actes

(1) En ce sens, Bellot des Minières, IV, p. 300; Duranton, XV, 581; Odier, III, 1449; Aubry et Rau, V, 639, note 10, § 541.

d'administration : notamment contracter des obligations relatives à l'entretien et à la réparation de ses biens, poursuivre le remboursement de ses capitaux et en donner valable décharge (1), consentir des baux pour des périodes de moins de neuf années (2). Mais là ne se bornent pas ses pouvoirs. Les expressions employées par la loi qui nous parle de libre administration, d'entière administration, suffisent à nous convaincre que sa capacité est beaucoup plus grande. Malheureusement pour l'interprète, aucun texte ne vient énumérer les actes qui sont permis, ni préciser dans quelles limites la règle générale de l'art. 217 doit être abandonnée.

Je sais bien que M. Battur (3) a prétendu assimiler la femme séparée au mineur émancipé; mais cette assimilation est manifestement inexacte, il suffit pour s'en convaincre de rapprocher l'art. 484 C. c., qui n'accorde au mineur que la pure administration de ses biens, des art. 1449 et 1536 (4). Force nous est donc, pour avoir un

(1) Voy. Grenoble, 19 avril 1842, S. 43, 2, 230; Grenoble, 23 août 1867, S. 68, 1, 285.

(2) Arg. art. 595, 1429 et 1718 C. c.

(3) II, 514 et 651.

(4) C'est l'opinion unanime; voy. notamm. Aubry et Rau, V, p. 403, note 55, § 516.

Sur un point, les pouvoirs du mineur émancipé sont plus étendus que ceux de la femme, car il peut plaider seul en matière mobilière, tandis que celle-ci est absolu-

aperçu à peu près exact de l'étendue des pouvoirs de la femme, de passer successivement en revue chaque espèce particulière.

J'ai dit, tout à l'heure, que la femme pouvait très certainement consentir des baux pour une période qui n'excéderait pas neuf ans, car c'est là un acte d'administration ordinaire. Mais il est permis de croire, en présence des expressions si larges des art. 1449 et 1536, qu'il n'a pas été dans la pensée du législateur d'emprisonner la femme dans cette période fatale de neuf ans; et j'estime, avec M. Demolombe (1), qu'il faudra laisser à cet égard une certaine latitude d'appréciation aux tribunaux (2).

Il faut sans hésitation reconnaître à la femme la faculté non seulement de toucher ses revenus, mais encore de recevoir et poursuivre par voie d'exécution le remboursement de ses capitaux mobiliers, et d'en donner décharge avec mainlevée des inscriptions hypothécaires prises pour leur sûreté. Ce sont là des actes qui doivent rentrer dans les limites d'une libre administration,

ment incapable d'ester en jugement. Cpr. art. 482 C. c. et 217.

(1) Voy. Demolombe, IV, 154.

(2) Cpr sur cette question, Duranton, XIV, 427; Zachariæ, III, p. 480; Rodière et Pont, II, 878; Bellot des Minières, IV, p. 300; Taulier, V, 133; Nîmes, 12 juin 1821, S. 22, 2, 138.

alors que cette libre administration comporte, aux termes de l'art. 1449-2°, le droit de disposer du mobilier et de l'aliéner (1). Et c'est ici le moment de m'expliquer sur la portée de cette disposition.

Un administrateur ordinaire ne peut pas en principe aliéner le mobilier, si ce n'est toutefois les meubles sujets à dépérissement. Les pouvoirs de la femme séparée sont à cet égard beaucoup plus étendus; l'art. 1449 porte en effet qu'elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. J'ai déjà donné à entendre que, dans mon opinion, il fallait reconnaître à la femme toute latitude à cet égard; mais cette solution est vivement combattue, et certains auteurs (2) annulent toute aliénation qui excéderait les limites d'une libre et large administration. Voici comment on raisonne.

L'art. 217 défend à la femme d'aliéner, même lorsqu'elle est séparée de biens; si l'art. 1449 autorisait d'une façon absolue l'aliénation du mobilier, il ne constituerait plus une simple exception à la règle, il la détruirait complètement. On ajoute que le deuxième alinéa de l'art. 1449 n'est qu'une

(1) Ce point est universellement admis. Voy. notamm. Duranton, XIV, 426; Troplong, II, 1423; Demolombe, IV, 154; Aubry et Rau, V, p. 403, § 516; Civ. cass., 25 janvier 1826, S. 26, 1, 463; Grenoble, 19 avril 1842, S. 43, 2, 230. Voy. toutefois Battur, *loc. cit.*

(2) Voy. notamm. Demolombe, IV, 155.

conséquence tirée par le législateur de la disposition contenue dans le premier alinéa : la femme a la libre administration de ses biens, en conséquence, elle aura le droit de disposer de son mobilier, mais seulement en tant que l'aliénation n'excédera pas les limites d'une libre administration.

Ce système, qui est aussi celui de la jurisprudence (1), me paraît condamné par le texte même de la loi. Le législateur accumule les expressions, *disposer*, *aliéner*, comme s'il avait précisément voulu écarter tous les doutes, éviter toute controverse. Il est inexact de dire que dans l'opinion que je défends la règle de l'art. 217 se trouve abrogée. Je réponds que cette règle continue, au contraire, à recevoir son application en ce qui concerne les aliénations d'immeubles. Je n'admets pas davantage que la disposition du second alinéa de l'art. 1449 se trouve restreinte et limitée par le premier alinéa du même article, dont elle ne serait que le développement; sans doute, le droit de disposer du mobilier a été accordé à la femme comme une conséquence de son droit de libre administration, mais faut-il en conclure que ce droit ne soit pas entier, et qu'il doive lui-même

(1) Voy. Cass., 5 mars 1829, 7 décembre 1830, 3 janvier 1831, dans Dalloz, au mot *Contr. de mariage*, n° 1971.

n'exister qu'autant qu'il aura le caractère d'un acte d'administration? Nullement, et ce serait aller directement contre le but de la loi. C'est évidemment pour rendre à la femme la tâche plus facile que le législateur lui permet les aliénations de meubles; or, pensez-vous que ce résultat soit atteint, et que la femme trouve facilement acheteur, si vous autorisez les tribunaux à rechercher ensuite le caractère de l'opération? Et dans l'hypothèse bien improbable où un tiers imprudent ce serait rencontré pour traiter dans de pareilles conditions, quel piège tendu à sa bonne foi (1)!

M. Laurent, quoique partisan du système que je viens de défendre, rapporte un arrêt (2) qu'il paraît approuver (3), et dans lequel la Cour suprême refuse à la femme le droit d'engager ses capitaux dans des opérations de bourse. Il semblerait cependant que jouer à la Bourse, lorsque l'on a les deniers nécessaires pour payer les valeurs qu'on achète, soit faire usage de ses capitaux et non point s'obliger; or, la femme, nous l'avons dit, et M. Laurent le reconnaît très formellement, est maîtresse de disposer comme bon

(1) En ce sens, Aubry et Rau, V, p. 403, not. 56, § 516; Colmet de Santerre, VI, 201 *bis* III; Laurent, XXII, 304; jug. du trib. de la Seine, 9 juillet 1872, D. 72, 3, 96. Cpr. Nancy, 24 juin 1854, D. 55, 5, 407.

(2) Voy. Rej. 30 décembre 1862, D. 63, 1, 40.

(3) Voy. Laurent, XXII, 345.

lui semble de son mobilier. N'y a-t-il pas là contradiction? Je ne le pense pas. Si la femme peut aliéner ses meubles à son gré, c'est parce que son intérêt bien entendu commande que les tiers puissent traiter avec elle en toute sécurité. Est-ce à dire que la loi ait entendu lui faciliter les opérations de bourse, lui fournir les moyens de dissiper son patrimoine? Non, sans doute, et le tiers, qui s'est fait en pareil cas l'intermédiaire de la femme et qui savait parfaitement (il en était ainsi du moins dans l'espèce sur laquelle l'arrêt avait à statuer) que celle-ci cherchait à spéculer et non pas à faire un placement, ne peut pas se prévaloir de la disposition de l'article 1449.

Et peut-être conviendrait-il d'adopter la même décision toutes les fois que les circonstances auraient été telles qu'elles dénotaient chez la femme une intention de dissipation (1)? Mais encore faudrait-il que la chose fût *évidente par elle-même*, et je n'admettrais pas le demandeur en nullité à prouver la mauvaise foi du tiers, si elle ne résultait pas *nécessairement* de la nature et des circonstances de l'acte.

Si la femme peut disposer de son mobilier, ce n'est bien entendu qu'à titre onéreux. L'opinion

(1) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*

contraire a été, il est vrai, soutenue par M. Delvincourt (1), mais elle est aujourd'hui universellement abandonnée. En effet, l'art. 217 contient deux prohibitions distinctes : prohibition d'aliéner, prohibition de donner; à la première, l'article 1449 apporte une exception en ce qui concerne l'aliénation des meubles, mais la seconde subsiste tout entière. Cette manière de voir se trouve d'ailleurs confirmée par l'art. 905 C. c., qui défend à la femme, dans les termes les plus généraux, de faire des donations entre-vifs (2).

Maîtresse de disposer à titre onéreux de son mobilier, la femme pourra aliéner seule non seulement ses meubles corporels, mais encore ses créances. Je concède que c'est là chose très grave, que les fortunes étant aujourd'hui en grande partie mobilières, une telle faculté pourra permettre à la femme de dissiper des valeurs considérables, et que bien certainement ce résultat n'avait pas été prévu par le législateur de 1804, époque à laquelle les immeubles constituaient encore l'élément le plus important des fortunes particulières. Et c'est probablement le désir de remédier à cet inconvénient pratique qui a poussé la jurispru-

(1) Voy. Delvincourt, II, p. 58, note 16.

(2) En ce sens, Demolombe, IV, 150; Aubry et Rau, V, p. 409, note 79, § 516; Colmet de Santerre, VI, 101 *bis* IV; Laurent, XXII, 307.

dence dans une voie de restriction. Mais le remède qu'on nous propose et qui consiste à dire que l'aliénation sera, suivant les cas, permise ou prohibée, d'après l'appréciation personnelle et souveraine du juge, me paraît plus dangereux encore que le mal; et je préfère, pour ma part, quelque défectueuse qu'elle puisse être, une solution précise sur une question aussi importante. Ce n'est pas d'ailleurs à l'interprète qu'il appartient de corriger la loi; signalons en passant les lacunes, mais laissons au législateur le soin de les combler (1)!

On s'est demandé si la femme pouvait convertir en titres au porteur les titres nominatifs d'actions industrielles ou commerciales. Il est bien certain que la question ne peut se poser que pour ceux qui refusent à la femme le droit absolu de disposer à son gré de son mobilier. La conversion, qui n'est ordinairement qu'un premier pas vers l'aliénation, ne doit-elle pas apparaître alors comme une faculté dangereuse qui permettrait à la femme de dissiper plus facilement son patrimoine? La jurisprudence reconnaît cependant la validité de l'opération : autre chose est l'aliénation, autre chose la conversion, et il est impos-

(1) Cpr. notamm. sur ce point le jugement du tribunal de la Seine précité.

sible, en l'absence d'un texte formel (1), de faire entre elles une assimilation. Il peut arriver d'ailleurs que la conversion soit motivée par certaines considérations d'utilité pratique, et c'en est assez pour qu'elle rentre dans les pouvoirs que confère à la femme son droit de libre administration (2).

Faut-il permettre à la femme de procéder seule au partage conventionnel d'une succession purement mobilière ? Nous n'hésiterons pas à répondre affirmativement. La capacité qu'exige la loi en pareille matière est d'une nature mixte. Il ne suffit pas, à la vérité, d'être capable d'administrer, parce que le partage, quoique n'étant pas dans notre droit translatif de propriété, n'en est pas moins au fond un acte d'aliénation, et qu'il donne lieu, en tout cas, à des règlements d'intérêts fort graves et fort complexes (3). Mais il n'est pas non plus nécessaire d'être capable d'aliéner, car le partage qui fait cesser l'indivision est une opération très favorable. Il en résulte que ceux-là même qui refusent à la femme pleins pouvoirs à l'effet de disposer de son mobilier, peuvent,

(1) Voy. l'ordonnance du 10 mai 1834, dont l'art. 9 fait l'assimilation en ce qui concerne les rentes sur l'État, en note dans Dalloz, 1870, 1, 336.

(2) Voy. Paris, 12 juillet 1869, et Rej. 8 février 1870, D. 1870, 2, 29, et 1870, 1, 336.

(3) Voy. sur ce point une erreur de M. Troplong, II, 1421.

sans contradiction, lui permettre, dans tous les cas, de procéder à une semblable opération (1).

Si la succession était à la fois mobilière et immobilière la femme ne pourrait provoquer qu'un partage provisionnel.

La femme pourrait évidemment transiger sur les contestations relatives à ses droits immobiliers, car l'art. 2045 C. c. n'exige à cet effet d'autre capacité que celle de pouvoir disposer des objets compris dans la transaction (2).

Mais la femme pourrait-elle compromettre ? L'affirmative semblerait résulter de l'art. 1003 C. pr., lequel dispose que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » On ne peut pas d'ailleurs objecter que compromettre constitue le fait d'ester en jugement. Et cette solution n'est pas seulement conforme aux textes, mais elle s'impose encore, dans certains cas, par des considérations d'utilité pratique. Ne serait-il pas choquant, par exemple, de refuser à la femme le droit de recourir à un arbitrage pour trancher de petites difficultés relatives à l'administration de ses

(1) En ce sens, Chabot, *Des successions*, sur l'art. 818, n° 9 ; Toullier, IV, 408 ; Duranton, VII, 128 ; Aubry et Rau, V, p. 403 et 404, § 516.

(2) Voy. Duranton, XVIII, 409 ; Troplong, *Des transact.*, 51 ; Demolombe, IV, 159 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*

biens, telles que les contestations qu'elle pourrait avoir avec son fermier à l'occasion de dégradations qu'elle lui imputerait (1)?

Je ne suivrai pas cette opinion. L'art. 1003 C. pr. doit être complété par l'article suivant, aux termes duquel le compromis est impossible sur les contestations sujettes à communication au ministère public. Or, telles sont précisément les causes des femmes non autorisées. Et l'on comprend très bien que la femme, capable de transiger, demeure incapable de compromettre, car le compromis est chose plus grave que la transaction ; l'art. 1989 C. c. le reconnaît implicitement lorsqu'il déclare que le pouvoir de transiger accordé au mandataire ne renferme pas celui de compromettre. Enfin, s'il est dans certains cas regrettable de refuser à la femme le droit de compromettre, il convient de remarquer, en revanche, que concéder cette faculté à la femme, dans tous les cas où elle est maîtresse de disposer de ses droits (et il est impossible en effet de s'arrêter en chemin), pourrait avoir des conséquences fort dangereuses, et notamment permettre à la femme marchande publique (2) de compromettre sur des

(1) En ce sens, Paris, 3 juin 1808, *Journ. du Palais*, à sa date ; Caen, 28 août 1845, S. 46, 2, 647 ; Boitard, *Procéd. civile*, III, p. 410.

(2) Nous verrons, en effet, que la femme marchande

difficultés relatives à son commerce, alors que l'intérêt engagé peut être des plus considérables (1).

La femme ne peut point aliéner directement ses immeubles (2), nous verrons toutefois, dans la section suivante, que les obligations qu'elle contracte relativement à l'administration de ses biens, peuvent être exécutées, c'est là du moins la solution que je défendrai (3), tant sur ses meubles que sur ses immeubles. Dès lors on peut se demander si la femme ne pourrait point hypothéquer à elle seule ses immeubles, pour la garantie des obligations contractées par elle pour cause d'administration. L'affirmative doit s'imposer, ce me semble, à ceux qui estiment que la validité de l'hypothèque conventionnelle, en ce qui concerne le constituant, dépend uniquement de la validité de l'obligation principale (4). Mais cette manière de voir ne me paraît pas exacte (5).

publique a la libre disposition de ses droits dans toutes les opérations relatives à son commerce.

(1) En ce sens, de Vatimesnil, *Encyclop. du droit*, v^o *Arbitrage*, art. 3, § 4, n^{os} 90, 91 ; G. Massé, le *Droit commercial* dans ses rapports avec le droit des gens, III, 181 ; Demolombe, IV, 160.

(2) Cpr. les art. 217, 1449, 1538 C. c.

(3) Voy. *infra*, p. 277.

(4) Cpr. Toullier, II, 1298 ; Duranton, III, 673 ; Zachariæ, I, p. 265, § 131.

(5) En ce sens, Proudhon et Valette, II, p. 435-437 ; Demolombe, IV, 162.

Je pense que pour avoir capacité à l'effet d'hypothéquer, il ne suffit pas de pouvoir s'obliger personnellement, mais qu'il faut en outre pouvoir disposer d'une manière absolue du bien que l'on entend grever. Ceci me paraît résulter formellement de l'art. 2124 C. c., et aussi de la comparaison des art. 457, 2126 et 482 C. c.

La femme ayant la libre disposition de ses revenus, on s'est demandé si, quoique incapable d'aliéner ses immeubles, elle ne pourrait pas tout au moins disposer de ceux qu'elle aurait acquis avec les économies faites sur ses revenus ou avec les bénéfices réalisés dans son commerce, de la même façon qu'elle aurait pu disposer de ces revenus ou de ces bénéfices. L'affirmative a été jugée (1). Mais je crois cette solution erronée. L'article 1358 est formel : en *aucun cas*, dit-il, la femme ne peut aliéner ses immeubles. D'ailleurs, si le raisonnement précédent était exact, il faudrait l'appliquer non pas seulement aux immeubles acquis avec les revenus, mais, d'une façon générale, à tous les immeubles acquis par la femme avec les capitaux mobiliers dont elle avait la disposition. Or cette solution est évidemment trop contraire aux textes pour pouvoir être admise. Je sais bien qu'il en était autrement dans notre an-

(1) Voy. Cass., 8 septembre 1814, S. 45, 1, 39.

ancien droit coutumier, au moins dans une partie de la France, et que la coutume de Normandie, notamment, autorisait la femme à aliéner tous les immeubles acquis par elle depuis sa séparation, sans qu'il fût besoin d'en faire emploi. C'est là un vestige de la tendance de notre ancien droit coutumier à considérer la femme séparée comme libre et capable, tendance qui paraît d'ailleurs avoir été en partie abandonnée dans le dernier état de la jurisprudence ancienne (1), et qui se trouve dans tous les cas formellement condamnée par les articles 217, 1538 et 1576 C. c. (2).

J'ai dit que la femme avait pleine capacité pour toucher ses revenus, recevoir ses capitaux mobiliers, voire même le remboursement de ses rentes, et en donner valable décharge. Les sommes que la femme se trouve ainsi avoir entre les mains sont à sa libre disposition, puisqu'elle a pleins pouvoirs à l'effet d'aliéner ses meubles à titre onéreux; elle doit donc pouvoir faire les placements et les acquisitions qu'elle juge convenables. Je sais bien que l'art. 217 refuse à la femme même séparée la faculté d'acquérir, et que l'art. 1449, qui déroge à l'art. 217 en ce qui

(1) Cpr. Lebrun, II, ch. 4, sect. 4, n^o 1 et 7. Sur la tendance de notre ancien droit à affranchir la femme séparée de l'autorisation maritale, comparez ce que j'ai dit *suprà*.

(2) Voy. notamment en ce sens, Demolombe, IV, 152.

concerne les aliénations, ne dit rien des acquisitions (1); mais cette objection ne doit pas nous arrêter. Oui, sans doute, la femme même séparée demeure incapable d'acquérir, mais cette prohibition se trouve limitée, par l'art. 1449, aux cas dans lesquels l'acquisition est faite à crédit; car c'est seulement alors que la femme ne peut plus être considérée comme cherchant à faire emploi de ses capitaux, ce qui lui est toujours permis, mais comme se proposant avant tout d'acquérir, ce qui lui demeure interdit (2).

Et ce raisonnement est absolument indépendant de l'objet de l'acquisition. La femme aurait donc, à mon avis, capacité pour acquérir au comptant non pas seulement des meubles meublants, des meubles à l'usage de sa personne: ce sont là des actes d'administration pour lesquels, nous le verrons, elle pourrait contracter même une obligation personnelle (3); mais encore tous meubles corporels ou incorporels, et même des immeubles. On a jugé qu'un mineur émancipé pouvait acquérir seul un immeuble avec le produit de ses économies (4); pourquoi ne pas admettre la femme

(1) Cpr. Dalloz, *Réc. alph.*, v^o *Contrat de mariage*, ch. II, sect. 5, n^o 7; Bellot des Minières, IV, p. 313.

(2) Cpr. Demolombe, IV, 157.

(3) Voy. *infra*, p. 258.

(4) Voy. Colmar, 13 janvier 1826, D. 26, 2, 189; Req., 15 décembre 1832, D. 33, 1, 131.

à faire une acquisition du même genre, non plus seulement avec ses revenus, mais aussi avec les capitaux qu'elle a le droit de placer et d'aliéner elle-même? Que le législateur de 1804, dans sa prédilection pour les fortunes immobilières, ait interdit à la femme même séparée les aliénations d'immeubles, cela se conçoit à merveille, mais ce n'est pas à dire qu'il ait entendu lui refuser le droit de faire des acquisitions de ce genre, qui devaient au contraire être vues avec faveur (1).

Et je n'admettrais pas davantage qu'on pût refuser à la femme le droit d'acheter un usufruit ou une rente viagère. Sans doute ce sont là des opérations qui, par leur caractère aléatoire, ne sont pas exemptes de dangers (2); mais si la femme est véritablement maîtresse de disposer de son mobilier, pourquoi ne pourrait-elle pas placer ses capitaux à fonds perdu, lorsqu'elle juge ce mode de placement conforme à ses intérêts (3)?

Capable d'acquérir au comptant et à titre oné-

(1) Cpr. Demolombe, *loc. cit.*

(2) L'opération présente un caractère tout particulièrement dangereux dans l'hypothèse où la rente serait constituée sur la tête d'un tiers. Art. 1971. Cpr. Demolombe.

(3) En ce sens, Aubry et Rau, V, p. 404, note 59, § 516; Laurent, XXII, 298; Troplong, II, 1422; Paris, 17 mai 1834, D. 34, 2, 153; jug. trib. de la Seine, 3 fév. 1869, D. 71, 3, 109. Cpr. Caen, 17 juillet 1845, S. 48, 2, 134. *Contrà*, Demolombe, IV, 158.

reux, la femme n'aurait pas cependant qualité pour accepter seule une donation entre-vifs. En effet, l'art. 217 interdit à la femme séparée d'acquérir à titre gratuit sans y être autorisée, et l'art. 1449 ne déroge à cette prohibition qu'autant que l'opération peut être considérée comme un placement de fonds, un emploi des capitaux disponibles. J'ajoute que l'art. 934 C. c., en reproduisant la disposition de l'art. 217 en termes absolus, dissipe tous les doutes.

Cette solution se justifie aisément ; il serait en effet peu moral que la femme pût recevoir des libéralités à l'insu ou contre le gré de son mari (1).

Que la femme puisse s'obliger valablement à l'occasion de l'administration qu'elle s'est réservée ou qui lui a fait retour, c'est ce qui ne saurait être mis en doute ; la loi, dans les cas où elle permet à la femme d'administrer ses biens, doit forcément lui en fournir les moyens. Il est donc certain que, dans ces limites au moins, la défense de s'obliger cesse d'être applicable. Mais, et c'est là le point délicat, la femme pourrait-elle s'obliger même pour une cause étrangère à l'administration de ses biens ?

(1) En ce sens, Aubry et Rau, V, p. 410, § 516 ; Laurent, XXII, 316.

La jurisprudence a varié à cet égard. Des arrêts de cassation (1) ont d'abord posé en principe que la femme, capable, aux termes de l'article 1449, de disposer directement de son mobilier, doit pouvoir atteindre indirectement ce résultat en s'obligeant, lors même que l'obligation serait étrangère à l'administration de ses biens. La Cour suprême est revenue depuis sur cette première jurisprudence, et elle paraît aujourd'hui fixée en ce sens que la femme est incapable de s'obliger en dehors des limites de son administration; mais persistant dans son assimilation, elle déclare en même temps la femme incapable d'aliéner son mobilier, en dehors de ces mêmes limites (2).

Je n'hésite pas à penser que la jurisprudence en faisant dériver pour la femme la faculté de s'obliger de la faculté d'aliéner, fait absolument fausse route. Non! ces deux facultés ne sont pas liées l'une à l'autre. J'ai déjà eu occasion de faire remarquer que, si l'art. 217 ne contenait pas formellement la prohibition de s'obliger, cette prohibition n'en résultait pas moins très certainement des termes employés. Donc, en règle générale, la

(1) Req., 16 mars 1813; Cass., 18 mai 1819, dans Dalloz au mot *Cont. de mar.*, n° 1971.

(2) Voy. Req., 12 février 1828, 18 mars 1829, 7 déc. 1830 et 3 janv. 1831, dans Dalloz au mot *Cont. de mar.*, n° 1971.

femme est incapable de s'obliger, non pas seulement parce qu'elle est incapable d'aliéner, mais parce que cette incapacité se trouve implicitement formulée par la loi elle-même. Et il importait que la femme fût directement déclarée incapable de s'obliger : s'obliger est en effet chose plus grave qu'aliéner, car celui qui s'oblige engage non seulement sa fortune présente, mais encore tous les biens qui pourront lui advenir (1).

Partant de là, nous dirons : L'art. 1449 apporte, en ce qui concerne l'aliénation du mobilier, une restriction à l'art. 217 ; mais comme il est muet en ce qui concerne les obligations, il faut en conclure qu'il n'est dérogé sur ce point à la règle générale que dans les limites du droit d'administration qui compète à la femme. Peu nous importe que celle-ci soit ou non maîtresse de disposer d'une façon absolue de son mobilier, elle n'en demeure pas moins incapable de s'obliger aussi bien sur ses meubles que sur ses immeubles, du moment qu'il n'est pas possible de la considérer comme relevée de son incapacité en vertu des pouvoirs d'administration que la loi reconnaît. Je n'ajouterai plus qu'un mot. L'art. 332

(1) A un autre point de vue, l'obligation est également plus dangereuse que l'aliénation ; car, n'entraînant aucun dessaisissement immédiat, elle sera consentie avec beaucoup plus de facilité.

Cout. de Paris disposait que « la femme mariée ne peut s'obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet ou marchande publique. » Certes, il semble bien qu'en présence d'un texte aussi précis il fût difficile de contester à la femme séparée la faculté de s'obliger. Eh bien ! voici comment Pothier interprétait cette disposition : « La femme mariée, disait-il, peut se passer d'autorisation seulement pour les actes et contrats qui ne concernent que l'administration de ses biens ; à l'égard de tous les autres actes..., la femme ne peut les faire valablement sans l'autorisation de son mari ou du juge (1). » Ce que Pothier décidait malgré l'exception formellement introduite par l'art. 332 Cout. de Paris, ne doit-il pas, dans le silence des textes, s'imposer avec bien plus de force encore à notre esprit (2) ?

Conformément au principe que je viens d'admettre, je n'accorderais à la femme le droit d'emprunter qu'autant qu'il serait justifié que l'emprunt est fait pour les besoins de son administration (3).

(1) Voy. Pothier, *Traité de la puiss. du mari*, n° 15.

(2) Consultez en ce sens, outre les arrêts de la Cour de cassation déjà cités : Troplong, II, 1410-1419 ; Demolombe, IV, 163 ; Rodière et Pont, III, 2193 ; Aubry et Rau, V, p. 408, texte et note 77, § 516 ; Colmet de Santerre, VI, 101 bis VII et VIII ; Laurent, XXII, nos 308 et s.

(3) Voy. Paris, 27 novembre 1857, D. 57, 2, 209.

Et, je lui refuserais absolument le droit de cautionner, car ce n'est jamais là un acte d'administration. La jurisprudence est en ce sens (1). Cependant quelques arrêts (2) ont consacré une doctrine contraire ; mais il est facile de voir que dans l'espèce les juges se sont laissé entraîner, par la faveur de la cause, à abandonner la rigueur des principes. Ce sont là par conséquent des décisions dont nous n'avons point à tenir compte.

Faut-il admettre la femme séparée à accepter seule une succession ? Je ne le crois pas. En effet, d'une part, ce n'est pas là un acte d'administration (3) ; d'autre part, la double incapacité d'acquérir et de s'obliger dont la femme continue en principe à être frappée me paraît bien mettre obstacle à la validité de l'acceptation ainsi faite. En ce qui concerne l'incapacité d'acquérir, il semble bien qu'elle doive entraîner également l'incapacité de rendre définitive une acquisition jusqu'alors incertaine. Quant à l'incapacité de s'obliger, elle met évidemment obstacle à ce que la femme puisse accepter purement et simplement, et être ainsi tenue *ultra vires*.

(1) Voy. Req. 7 décembre 1829, Dalloz au mot *Contrat de mariage*, n° 1972.

(2) Voy. notamment Paris, 7 décembre 1824, Dalloz au mot *Faillite*, n° 389, et Paris, 23 août 1825, Dalloz au mot *Cont. de mariage*, n° 1978.

(3) Cpr. art. 461 C. c.

Elle s'oppose également à une acceptation bénéficiaire, car, dans cette hypothèse, l'héritier devient responsable envers les créanciers et légataires du défunt de l'administration des biens héréditaires; or, la femme ne peut pas s'obliger pour une cause étrangère à l'administration de *ses* biens (1).

Malgré les pouvoirs très étendus que lui confère le droit d'administrer ses biens, il importe de ne pas oublier que la femme reste toujours, en principe, soumise à la nécessité de l'autorisation maritale, et que par conséquent, dans tous les cas où nous ne serons pas autorisés par les textes à faire fléchir la règle, nous devons continuer à l'appliquer.

C'est ainsi notamment que nous refuserons à la femme le droit d'ester en jugement sans autorisation, quels que soient d'ailleurs la nature et l'objet de l'action qu'elle entendrait intenter, ou qui serait dirigée contre elle. Son incapacité à cet égard ne reçoit aucune atténuation (2).

Et ce n'est pas la seule hypothèse dans laquelle la nécessité de l'autorisation subsiste dans toute

(1) En ce sens, Aubry et Rau, V, p. 409, § 516; Laurent, XXII, 315.

(2) Voy. Civ. cass., 6 mars 1827, S. 27, 1, 338; Civ. cass., 13 novembre 1844, S. 45, 1, 45. Tous les auteurs sont unanimes; voy. notamment Aubry et Rau, V, p. 410, § 516.

sa rigueur. La loi dispose expressément (1) que dans aucun cas, à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne pourra se réserver le droit d'aliéner ses immeubles, soit à titre gratuit, ce qui va de soi, soit même à titre onéreux. Concluons de là que la femme ne pourrait ni répudier une succession comprenant des immeubles (2), ni transiger sur des difficultés relatives à des droits immobiliers (3), ni enfin renoncer, dans la même hypothèse, à une prescription acquise (4).

Incapable d'aliéner ses immeubles, nous avons vu qu'elle ne saurait davantage les hypothéquer, même pour garantir l'exécution des obligations contractées à l'occasion de son administration (5); et ce que je dis de l'hypothèque doit être étendu à tous les droits réels, à l'usufruit, aux servitudes, à l'antichrèse. En ce qui concerne l'antichrèse, il convient de faire remarquer que cette solution devrait encore être admise alors même qu'on lui refuserait le caractère de droit réel, car c'est là certainement un acte qu'il est impossible de faire

(1) Cpr. les art. 1449 et 1538 C. c.

(2) La femme, bien que capable de disposer de son mobilier, pourrait-elle valablement renoncer à une succession purement mobilière? La négative me paraît préférable; je ne crois pas, en effet, que l'art. 1449 autorise la femme à disposer d'une universalité de biens.

(3) Cpr. art. 2045 C. c.

(4) Cpr. art. 2222 C. c.

(5) Voy. *suprà*, p. 253.

rentrer dans les limites de l'administration de la femme (1).

Ajoutons enfin que, même en ce qui concerne son mobilier, l'incapacité de la femme ne disparaît pas entièrement. C'est ainsi notamment que nous lui avons refusé le droit, soit d'aliéner ses meubles à titre gratuit, soit de les engager par des obligations étrangères à l'administration de ses biens, soit enfin de compromettre quelle que soit la nature de la contestation.

Nous connaissons maintenant l'étendue des pouvoirs de la femme lorsqu'elle se trouve investie de l'administration de tout ou partie de ses biens. Est-ce à dire que ces pouvoirs enlèvent au mari tout droit de surveillance, et qu'il ne lui soit jamais permis d'intervenir lorsqu'il le juge convenable?

M. Demolombe ne le croit pas (2). Suivant cet auteur, il n'est pas admissible que la femme puisse dissiper son patrimoine dans des placements aventureux, sans que son mari ait aucun moyen de s'y opposer. Ce dernier n'est-il pas toujours le gardien et le protecteur des intérêts de la famille, et à ce titre ne doit-il pas veiller à

(1) Cpr. Rodière et Pont, II, 883; Troplong, II, 1420; Demolombe, IV, 149 et 162; Req. rej., 22 nov. 1841, S. 42, 1, 48.

(2) Voy. Demolombe, IV, 173.

la conservation de la fortune de la femme? N'est-il pas juste, dès lors, qu'il puisse provoquer de la justice certaines mesures de précaution? M. Demolombe invoque à l'appui de sa thèse le sentiment de Pothier (1) et de Lebrun (2). Et il semble résulter, en effet, des passages indiqués que, dans l'opinion de ces auteurs, le mari devait veiller au remploi des deniers versés entre les mains de la femme, pour assurer l'exécution des charges du mariage. On pourrait également citer dans le sens de cette opinion un arrêt de la cour de Caen (3) du 9 décembre 1836, et surtout un arrêt de la cour d'Angers (4) du 6 mai 1828, dans lequel il est dit formellement que « le mari a intérêt à veiller à ce que les capitaux de son épouse ne soient pas dissipés. » Il est vrai que ces deux arrêts ont été rendus dans des cas où les époux étaient mariés sous le régime dotal, et il faut reconnaître qu'en pareil cas, le principe de l'inaliénabilité de la dot est sinon un motif suffisant, tout au moins un argument considérable pour justifier ces décisions.

Quoi qu'il en soit, et tout en reconnaissant les conséquences fâcheuses qui pourront parfois ré-

(1) Voy. Pothier, *De la puiss. du mari*, nos 16 et 17.

(2) Voy. Lebrun, *De la comm.*, liv. 2, ch. 1, sect. 1, n° 13.

(3) S. 37, 2, 164.

(4) D. 30, 2, 18.

sulter de l'affranchissement complet de la femme, j'estime qu'il est plus sûr et plus conforme aux textes de refuser au mari tout pouvoir d'intervention. La femme reprend la libre, l'entière administration de ses biens : quoi de plus formel ? Comment, d'ailleurs, exiger que les tiers puissent avoir connaissance de telle ou telle décision particulière qui serait venue limiter la capacité de la femme, en l'obligeant, par exemple, à ne recevoir ses capitaux qu'en fournissant caution ? Je sais bien que M. Demolombe répond que les actes passés de bonne foi, dans l'ignorance de ces mesures spéciales, devront être maintenus. Mais cette question de bonne foi ne manquera pas de susciter des difficultés et des procès. Jeme refuse d'ailleurs, pour ma part, à adopter un système qui, dans le cas de séparation judiciaire, tout au moins, ne manquerait pas de soumettre la femme à des entraves et à des tracasseries de toute espèce (1).

J'en ai terminé avec les pouvoirs que confèrent à la femme les droits d'administration dont elle peut se trouver investie. Toutefois, comme l'étude de la séparation de biens contractuelle est intimement liée à celle de la séparation judiciaire, en ce sens que, dans l'un et l'autre cas, la capacité de la femme est identiquement la même, je

(1) En ce sens, Dijon, 15 fév. 1844, S. 44, 2, 552.

crois devoir, à la fin de cette section, compléter ce que j'avais à dire sur la séparation judiciaire, en présentant quelques observations relatives à l'hypothèse d'une séparation entre époux mariés sous le régime dotal.

J'ai déjà indiqué, en parlant de l'influence des conventions matrimoniales sur l'étendue des pouvoirs de la femme, comment, en pareil cas, le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, admis par la jurisprudence, devait forcément restreindre les droits de la femme sur son mobilier dotal. Je veux examiner ici quelle est exactement l'étendue de cette restriction.

Et, d'abord, on peut se demander comment, en présence de l'art. 1449, qui est absolument général, il peut être question de limiter l'étendue d'application du deuxième alinéa de cet article, surtout en présence de l'art. 1563 C. c., qui, prévoyant l'hypothèse d'une séparation judiciaire entre époux mariés sous le régime dotal, renvoie précisément aux art. 1443 et suiv.

Cette objection n'est pas bien embarrassante pour ceux qui ne voient dans l'inaliénabilité de la dot qu'un statut d'indisponibilité; si l'on admet, au contraire, que cette inaliénabilité a pour résultat d'augmenter l'incapacité de la femme, la réponse est moins facile (1). Mais, il faut le recon-

(1) Cpr. Aubry et Rau, V, p. 619, texte et note 8, § 619.

naitre, ce n'est pas ici le cas de vouloir serrer les textes de trop près : l'inaliénabilité de la dot mobilière est une création de notre jurisprudence, elle n'existe pas dans la loi ; il n'est donc pas bien étonnant que les conséquences qu'on en tire s'accordent parfois difficilement avec une interprétation littérale.

Etant admis que la dot mobilière demeure inaliénable entre les mains de la femme séparée, il est certain que celle-ci ne pourrait pas valablement renoncer à ses reprises dotales, ni en compromettre par des cessions, transactions ou autres actes, le remboursement intégral (1). Il est également reconnu que cette inaliénabilité aura pour résultat d'empêcher que les obligations contractées par la femme soient exécutées sur le mobilier dotal (2). Mais faut-il aller jusqu'à refuser à la femme le droit d'aliéner directement ses meubles dotaux ? Ne pourrait-on pas dire qu'étant donné le système de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, il devrait être permis à la femme de faire tout au moins ce que pouvait son mari, administrateur de la fortune d'autrui.

(1) Voy. notamment Cass., chambres réunies, 14 nov. 1846, S. 46, 1, 824, et Req., 29 juillet 1862, S. 63, 1, 443.

(2) Voy. *infra*, p. 279 et s.

Et n'y a-t-il pas les mêmes raisons d'utilité pratique pour en décider ainsi (1)?

Cette manière de voir, à laquelle je serais, pour ma part, fort tenté de m'arrêter, n'a pas prévalu devant la jurisprudence (2); et MM. Aubry et Rau, qui l'avaient d'abord adoptée, l'ont ensuite abandonnée (3). Il n'est pas exact, disent-ils, d'assimiler l'administration de la femme à celle du mari; ce dernier dispose en maître de la dot mobilière sous sa responsabilité personnelle et hypothécaire; il n'en est plus de même de la femme, qui ne saurait dès lors être affranchie de la règle de l'inaliénabilité (4).

Remarquons qu'avec le système de la jurisprudence, suivi par MM. Aubry et Rau, on arrive à ce résultat bizarre d'une séparation ayant pour effet d'augmenter l'inaliénabilité de la dot. J'ajoute que, la femme étant incapable d'aliéner directement sa dot mobilière, il faudra lui refuser notamment la faculté de céder ses rentes perpétuelles ou viagères, ses créances non encore

(1) En ce sens, Laurent, XXIII, n° 556; Aubry et Rau, 3^e édit., IV, p. 518, § 539. Cpr. Marcadé sur l'art. 1554, n° 3.

(2) Voy. notamment les considérants de l'arrêt de rejet de la chambre civile du 11 novembre 1867, S. 68, 1, 17.

(3) Voy. Aubry et Rau, 4^e édit., V, p. 621, texte et note 14, § 539.

(4) En ce sens également, Tessier, *De la dot*, I, p. 347, note 548, et *Quest. sur la dot*, n° 114.

exigibles (1), ce qui, au cas de baisse probable, ou d'insolvabilité prochaine du débiteur, aura pour résultat de compromettre gravement les intérêts de la femme, à force de vouloir les sauvegarder.

L'impossibilité pour la femme de disposer du mobilier dotal, même après séparation de biens, n'est pas d'ailleurs la seule restriction que l'on ait prétendu apporter aux pouvoirs de la femme, tels qu'ils résultent de l'art. 1449. En effet, si l'on admet, ce qui me paraît, du reste, fort douteux (2), que l'inaliénabilité s'étende aux revenus de la dot, en ce sens, du moins, que la jouissance n'en peut être ni aliénée, ni engagée par anticipation, il faudra refuser à la femme séparée le droit de disposer des revenus à échoir de ses biens dotaux.

On fait généralement une exception pour l'excédent des revenus sur les besoins du ménage, en partant de cette idée que cet excédent se trouvait déjà disponible entre les mains du mari avant la séparation (3). Cette distinction, admise par la jurisprudence, me paraît absolument arbitraire. Si les revenus sont indisponibles entre les

(1) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*

(2) Voy. Laurent, XXIII, 483 et 484.

(3) Voy. Rodière et Pont, III, 1765; Troplong, II, 1441, 1442; Aubry et Rau, V, p. 619, texte et note 10, § 619.

main du mari, ce ne peut être qu'en vertu de l'art. 1554, et dès lors cette indisponibilité est absolue (1). Invoquer, comme le fait la jurisprudence, la destination de la dot, pour conclure à une inaliénabilité partielle des revenus, me paraît une mauvaise argumentation, car, sous tous les régimes, la dot est destinée à subvenir aux charges du mariage. Et si la distinction précédente n'est pas exacte quand on veut l'appliquer au mari, il n'y a plus aucun motif pour l'étendre, par analogie, à la femme.

Telles sont les conséquences auxquelles conduit, ou, pour parler plus exactement, a pu conduire le principe de l'inaliénabilité de la dot. On a bien cherché à aller encore plus loin, et on a voulu prétendre que la femme séparée ne pouvait exiger le remboursement de ses reprises et de ses capitaux, sans justifier d'un emploi. Mais cette prétention me paraît absolument inadmissible. En vain dira-t-on que les intérêts de la famille pourraient se trouver gravement compromis, si les capitaux dotaux étaient livrés sans garantie à la femme, tandis que ces intérêts se trouvaient auparavant protégés contre les dilapidations du mari par l'hypothèque légale. Je réponds que, en droit commun, l'obligation d'emploi ne peut exis-

(1) Voy. Colmet de Santerre, VI, p. 477, n° 266 bis IX.

ter qu'à la charge de l'administrateur chargé de gérer en bon père de famille, mais, qu'elle est absolument sans effet à l'égard des tiers qui ne peuvent se dispenser de payer, sous prétexte de défaut d'emploi, et ne sauraient, par conséquent, jamais être rendus responsables. Tel est le droit commun, et, quelque désir que l'on en ait, il est impossible, dans le silence des textes, d'introduire sur ce point un droit exceptionnel en faveur de la femme dotale (1).

SECTION V

Sur quels biens peuvent s'exécuter les obligations valablement contractées par la femme non autorisée, pendente matrimonio.

Nous savons maintenant dans quelles circonstances la femme agissant seule peut se trouver valablement obligée : quels vont être les biens af-

(1) Ce système a été adopté par la Cour de cassation. Voy. Civ. cass., 25 janvier 1826, S. 26, 1, 463; Req. rej., 11 avril 1842, S. 42, 1, 315; Civ. rej., 21 mai 1867, S. 68, 1, 453; Req. rej., 26 juillet 1869, S. 70, 1, 177. Voyez également en ce sens, Duranton, XV, 488; Troplong, II, 1424-1426; Rodière et Pont, III, 2198; Aubry et Rau, V, 620, texte et note 12, § 539; Laurent, XXIII, n° 558. *Contrà*, Tessier, *De la dot*, I, note 550; Benoît, I, 321; Bellot des Minières, II, 106.

fectés à l'exécution des obligations ainsi contractées; telle est la question qui se pose tout naturellement à notre examen. Elle complétera ce que j'avais à dire sur l'étendue des pouvoirs de la femme mariée, en l'absence d'autorisation ou de mandat.

Sous le régime de communauté légale, les cas dans lesquels la femme peut contracter seule des obligations valables sont fort peu nombreux. Cependant, nous avons vu qu'elle pouvait très certainement s'obliger par ses délits et quasi-délits. Elle s'oblige encore lorsque, par suite d'une reconnaissance faite au cours du mariage, elle se trouve débitrice d'aliments envers son enfant naturel. Dans l'un et l'autre cas, il est certain que le créancier ne pourra jamais poursuivre son remboursement que sur la nue propriété de ses propres. Cette solution se justifie très simplement par les deux considérations suivantes : 1° la femme non autorisée ne peut jamais, par les obligations qu'elle contracte personnellement, obliger le patrimoine commun, car il est de l'essence de la communauté d'être à la disposition exclusive du mari ; 2° elle ne peut pas davantage porter atteinte au droit de jouissance de ce dernier, lequel ne saurait avoir à souffrir d'actes auxquels il est demeuré étranger.

Nous avons dit que la femme pouvait être vala-

blement obligée par une gestion utilement accomplie à son profit. Le tiers, en pareil cas, n'aurait-il action que sur la nue propriété des propres de la femme ? Oui, en tant qu'il s'agit pour le créancier de poursuivre l'exécution de l'obligation dont la femme se trouve personnellement tenue envers lui.

Mais il est possible, c'est même ce qui arrive le plus ordinairement, qu'en gérant les biens de la femme, le tiers ait fait l'affaire du mari qui a droit aux revenus de ces biens ; ce dernier pourrait alors se trouver, de ce chef, tenu dans une certaine mesure, il serait même seul obligé, si la gestion avait uniquement consisté en réparations d'entretien, qui sont, comme on sait, des charges de la jouissance.

Il est bien certain qu'il ne saurait être question d'appliquer la règle précédente aux obligations contractées par la femme comme tutrice. En effet, le mari étant en pareil cas cotuteur et solidairement responsable, il est clair que le créancier aura toujours action, tant sur la pleine propriété des biens de la femme que sur ceux de la communauté et du mari.

Ce que je viens de dire de la communauté légale, il faudrait l'appliquer à la communauté conventionnelle ou au régime exclusif de communauté. Toutefois, il est possible alors de sup-

poser que la femme se soit réservé la jouissance et l'administration d'une partie de sa fortune. En pareil cas, et en l'absence de toute clause destinée à restreindre ses pouvoirs, la femme devrait être assimilée, relativement aux biens par elle administrés, à une femme séparée par contrat, ce qui aurait pour résultat non seulement de multiplier les cas dans lesquels elle demeurerait capable de s'obliger, mais encore de permettre à ses créanciers de saisir la pleine propriété des biens en question.

A l'inverse, la femme pourrait avoir stipulé l'inaliénabilité de quelques-uns de ses biens personnels. Les biens stipulés inaliénables devraient être alors traités comme biens dotaux, pour tout ce qui concerne les conséquences de l'inaliénabilité, à supposer du moins que la convention fût muette à cet égard. Il faudrait donc, en thèse générale, refuser aux créanciers le droit de poursuivre ces biens.

Je me borne à signaler ces deux hypothèses, renvoyant pour la première à ce que je vais avoir à dire à propos du régime de séparation de biens ; pour la seconde, aux développements que je donnerai relativement à l'insaisissabilité de la dot.

Lorsque la femme est séparée de biens, soit conventionnellement, soit judiciairement, toutes les obligations par elle valablement contractées

peuvent être exécutées sur la pleine propriété de ses biens personnels, tant meubles qu'immeubles.

Cette proposition a été contestée en ce qui concerne les obligations contractées par la femme non autorisée à l'occasion de l'administration de ses biens (1). On objecte que la femme incapable d'aliéner directement ses immeubles ne doit pas pouvoir atteindre indirectement ce résultat. Mais cette objection n'est pas de nature à nous arrêter. En effet, personne ne met en doute que la femme, dans les cas exceptionnels, où, abstraction faite des conventions matrimoniales, il lui demeure possible de s'obliger valablement sans autorisation, soit alors tenue comme un débiteur ordinaire, c'est-à-dire sur la pleine propriété de ses biens meubles ou immeubles. Or, y a-t-il lieu de faire une exception dans l'espèce? Non, assurément, car dans les limites de son droit d'administration, la capacité pour la femme de s'obliger demeure pleine et entière, tout aussi bien que dans l'hypothèse d'un délit ou d'un quasi-délit, et ne dérive nullement du droit que la loi lui reconnaît de disposer de son mobilier. C'est seulement pour ceux qui admettraient que la femme

(1) Voy. notamment Marcadé sur l'art. 1449, n° 3; Zachariæ, § 516, texte et note 55; Aubry et Rau, 3^e édit., IV, p. 346, texte et note 76, § 516.

capable d'aliéner son mobilier doit pouvoir s'obliger valablement, même pour une cause étrangère à l'administration de ses biens, qu'il serait vrai de dire que les obligations contractées par la femme, celles-là tout au moins qui ne peuvent être considérées comme une suite de son administration, ne doivent recevoir leur exécution que sur les meubles (1).

Ajoutons, ce qui va de soi, que la femme séparée conventionnellement ou judiciairement ne pourrait se soustraire à la poursuite des créanciers envers lesquels elle s'est valablement obligée, sous prétexte qu'elle aurait remis au mari le montant de sa part contributoire. C'est avec la femme que les créanciers ont traité, c'est sa foi qu'ils ont suivie, et le fait par elle d'avoir versé entre les mains du mari la somme destinée à faire face aux dépenses du ménage ne peut pas avoir eu pour effet d'entraîner sa libération : *res inter alios acta aliis neque nocet, neque prodest* (2).

Que décider si la femme se trouve mariée sous le régime dotal ?

Pas de difficulté quant aux biens parapher-

(1) En ce sens, Duranton, II, 492 ; Valette sur Proudhon, I, p. 463 ; Rodière et Pont, III, 2193 ; Demolombe, IV, 464 ; Laurent, XXII, 314 ; Aubry et Rau, V, p. 409, § 516.

(2) En ce sens, Aubry et Rau, V, p. 405, § 516 ; Paris, 20 mars 1850, S. 50, 2, 387.

naux; il faut appliquer ici les mêmes principes que dans le cas de séparation de biens. En ce qui concerne les biens dotaux, la question est un peu plus délicate.

Je supposerai d'abord une obligation contractée par une femme dotale non séparée, et je distinguerai suivant que le créancier exerce ses poursuites soit avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, soit au contraire après l'une ou l'autre de ces époques.

Au premier cas, il est bien certain qu'il ne pourra saisir ni le fonds, car l'inaliénabilité entraîne naturellement avec elle l'insaisissabilité, ni les revenus de l'immeuble dotal, car ces revenus appartiennent au mari qui ne peut être rendu responsable d'engagements auxquels il est demeuré étranger.

Au second cas, il faut encore, sans hésiter, refuser au créancier le droit de saisir le fonds; décider autrement serait, en effet, permettre à la femme l'aliénation indirecte et anticipée de l'immeuble dotal (1). Et, suivant de nombreux auteurs, le créancier ne pourrait même pas exercer,

(1) En ce sens, Duranton, XV, 531; Rodière et Pont, III, 1767; Marcadé sur l'art. 1554, n° 7; Aubry et Rau, V, p. 607, texte et note 43, § 538; Labbé, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 4 et s.; Civ. rej., 18 août 1869, S. 70, 1, 69. *Contra*, Toullier, XIV, 333, 334, 346; Troplong, IV, 3312.

à cet effet, des poursuites contre les héritiers de la femme, l'inaliénabilité étant établie, comme le prouve l'art. 1560, aussi bien dans l'intérêt des héritiers que dans celui de la femme elle-même (1). Ajoutons enfin que l'engagement qui n'aurait pu être exécuté sur l'immeuble lui-même, ne saurait l'être davantage sur le prix de cet immeuble, si la femme devenue veuve ou ses héritiers avaient par la suite procédé à l'aliénation (2).

Quant aux revenus, on s'accorde généralement à reconnaître que, participant de l'inaliénabilité du fonds, ils ne pourront pas être saisis en totalité. Mais le créancier ne pourra-t-il pas tout au moins se faire payer sur la portion qui excède les besoins du ménage ? L'affirmative paraît bien s'imposer à ceux, j'ai indiqué plus haut pourquoi je n'étais pas du nombre, qui admettent que cet excédent se trouve disponible entre les mains du mari. La jurisprudence, cependant, après d'assez nombreuses variations, paraît définitivement fixée dans le sens de la négative (3). La distinction

(1) Voy. notamment en ce sens, Marcadé, Labbé, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.* et note 14; Civ. cass., 30 août 1847, S. 47, 1, 740.

(2) Aubry et Rau, V, p. 608, texte et note 15, § 538; Douai, 27 juillet 1853, S. 54, 2, 181.

(3) Voy. notamment Cass., chamb. réun., 7 juin 1864, S. 64, 1, 201.

proposée conduirait en effet, dans l'espèce, à déclarer les revenus saisissables en totalité entre les mains des héritiers, au cas où le mariage viendrait à se dissoudre par le prédécès de la femme. Or, ce résultat est inadmissible étant donné que l'inaliénabilité des immeubles dotaux est destinée à sauvegarder les intérêts des héritiers aussi bien que ceux de la femme. On ajoute que l'objet essentiel de cette inaliénabilité est de faire retrouver à la femme ou à ses héritiers la dot franche et libre au moment de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens, et qu'elle ne doit par conséquent, en aucune mesure, se trouver affectée au paiement d'obligations contractées avant l'une ou l'autre de ces époques (1).

La jurisprudence toutefois paraît s'accorder à reconnaître que si la femme s'était réservé la faculté de toucher, sur ses seules quittances, une portion de ses revenus dotaux, cette portion serait saisissable même durant le mariage, dans la mesure de ce qui ne serait pas indispensable aux besoins du ménage.

Tout ce qui précède s'applique sans difficulté au fonds et aux revenus du mobilier dotal dans

(1) En ce sens, Rodière et Pont, III, 1765; Aubry et Rau, V, p. 608, texte et note 16, § 538. Cpr. en sens divers, Trolong, IV, 3302-3309; Marcadé sur l'art. 1554, n° 4; Tessier, *Quest. sur la dot*, n° 145.

le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière. En conséquence, les créanciers envers lesquels la femme se serait obligée pendant le mariage, ne peuvent, même après sa dissolution, saisir soit le capital, soit les intérêts de la dot mobilière, ni retenir ce capital ou ces intérêts par voie de compensation ou de toute autre manière (1).

Il y a plus, la jurisprudence admet sans difficulté que les immeubles donnés en paiement à la femme par le constituant ou par le mari après séparation de biens, ainsi que ceux qui proviendraient d'acquisitions faites au cours du mariage, quoique n'étant ni les uns ni les autres frappés de dotalité, ne pourraient être néanmoins saisis par les créanciers qu'à charge pour eux d'en faire ressortir la partie de la dot mobilière qu'ils représentent, et si ces immeubles venaient à être volontairement aliénés, la femme serait autorisée à prélever, sur le prix en provenant, cette partie de sa dot au détriment de ceux-là même de ses créanciers auxquels elle aurait conféré hypothèque durant le mariage (2).

(1) Civ. rej., 1^{er} février 1819, S. 19, 1, 146; Montpellier, 1^{er} février 1828, S. 28, 2, 194; Paris, 30 juin, 1834, S. 34, 2, 473.

(2) Voy. notamment Civ. cass., 1^{er} décembre 1857, S. 58, 1, 257 et la note. Voy. également Civ. cass., 11 mai 1859, S. 59, 1, 481. *Contra*, Troplong, IV, 3189-3193; Marcadé sur l'art. 1553, n° 4.

L'inaliénabilité des biens dotaux persistant malgré la séparation de biens, les obligations contractées par la femme postérieurement à cette époque ne donnent pas davantage aux créanciers action sur les biens dotaux. Il y aurait donc à appliquer ici toutes les règles précédentes. N'oublions pas cependant, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, que la jurisprudence paraît aujourd'hui fixée en ce sens que les créanciers postérieurs à la séparation pourront du moins saisir entre les mains de la femme l'excédent des revenus sur les besoins du ménage (1).

Nous connaissons maintenant l'étendue de l'insaisissabilité de la dot ; une dernière question nous reste à examiner. Appliquerons-nous indistinctement les règles précédentes aux obligations valablement contractées par la femme dotale non autorisée, quelle qu'en soit la source ?

Point de difficulté en ce qui concerne les obligations contractées par la femme à l'occasion de l'administration de ses paraphernaux ; il est bien certain que le principe de l'insaisissabilité devra s'appliquer ici dans toute sa rigueur.

Au contraire, en ce qui concerne les condamnations encourues par la femme à raison de délits ou quasi-délits, on est à peu près d'accord

(1) Voy. *suprà*, p. 233 et 271.

pour accorder, en pareil cas, au créancier, action sur les biens dotaux, mais sur la nue propriété seulement, puisque la jouissance appartient au mari. Cette solution se justifie d'ailleurs aisément. Il existe en effet dans l'espèce un intérêt supérieur d'ordre public, devant lequel doit fléchir la règle de l'inaliénabilité (1).

Que décider si la femme se trouvait obligée par le fait d'un gérant d'affaires? MM. Aubry et Rau (2) refusent au gérant toute action sur les biens dotaux, alors même que la gestion aurait eu ces biens pour objet. Il résulte, en effet, de l'art. 1554 C. c. que la dot est absolument indisponible, et qu'elle ne peut être engagée même dans l'intérêt de sa conservation qu'avec l'autorisation de justice.

Pour moi qui suis disposé à voir dans l'art. 1554 un statut d'incapacité, j'inclinerais à donner une solution tout opposée. Une incapacité, quelque grande qu'elle soit, ne peut pas, ce me semble, mettre obstacle à ce que celui qui en est frappé

(1) En ce sens, Troplong, IV, 3297 et 3320-3326; Rodière et Pont, III, 1822 et 1823; Marcadé sur l'art. 1556, n° 2; Aubry et Rau, V, p. 614, texte et note 32, § 533; Civ. rej., 7 décembre 1846, S. 47, 1, 816; Req., 29 juillet 1869, S. 70, 1, 11. *Contra*, Tessier, I, p. 454; Odier, III, 1251.

(2) V, p. 614, note 31, § 538.

soit valablement obligé par une gestion utilement accomplie à son profit (1).

Quant à la reconnaissance d'un enfant naturel, faite par la femme au cours du mariage, je ne crois pas qu'elle puisse entraîner à la charge de la femme une obligation alimentaire susceptible d'être exécutée sur les biens dotaux. C'est une question controversée que de savoir si la femme pourrait se faire autoriser par justice à aliéner sa dot pour fournir des aliments à l'enfant naturel reconnu par elle antérieurement au mariage (2), mais lorsque la reconnaissance est postérieure, on s'accorde unanimement à refuser à la femme le bénéfice de l'art. 1558 C. c. Or, si le bien dotal ne peut pas être en pareil cas volontairement aliéné par la femme avec autorisation de justice, il va de soi que le créancier serait mal fondé à le vouloir saisir (3).

(1) Cpr. Colmet de Santerre, V, 347 *bis*, II et III, et VI, 226 *bis*, VIII.

(2) Voy., pour l'affirmative, Rodière et Pont, III, 1798; pour la négative, Sériziat, p. 320; Aubry et Rau, V, p. 589, note 118, § 537; Pau, 18 mai 1863, S. 64, 2, 139.

(3) Si la possibilité, pour la femme, de se faire autoriser par justice à aliéner sa dot est, dans l'espèce, une condition nécessaire, elle n'est pas, à mon avis, une condition suffisante. Voy. en ce sens Civ. cass., 13 mars 1867, S. 67, 1, 256. Cpr. toutefois Req. rej., 26 juin 1867, S. 67, 1, 290.

CHAPITRE IV

DE L'AUTORISATION GÉNÉRALE; ET SPÉCIALEMENT DE LA FEMME MARCHANDE PUBLIQUE

SECTION PREMIÈRE

*Le mari peut-il, dans certains cas exceptionnels, donner
à sa femme une autorisation générale?*

J'ai longuement insisté, au début de mon sujet, sur la nécessité d'une autorisation spéciale; j'ai indiqué ce qu'il fallait entendre par là, et j'ai montré que ce caractère de spécialité était le trait caractéristique de l'incapacité de la femme.

Ne peut-on pas cependant trouver des cas où, par exception, la loi se contente d'une autorisation générale?

L'art. 223, qui répond à cette question, s'exprime ainsi : « Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. » D'où il semblerait résulter que la faculté accordée à la femme d'administrer tout ou partie de ses

biens constituât une exception et même la seule exception à la règle de la spécialité.

Rien ne serait plus faux qu'une pareille interprétation. J'ai déjà fait remarquer que la femme qui faisait usage des pouvoirs d'administration, que son contrat de mariage lui avait réservés, devait être considérée comme agissant *dans les limites de sa capacité*, et point du tout comme bénéficiant d'une autorisation de son mari. J'en ai donné pour preuve que ces pouvoirs d'administration, constituant un des éléments du régime adopté par les époux, étaient nécessairement irrévocables, tandis qu'il est de l'*essence* de toute autorisation, fût-elle insérée dans le contrat de mariage, de pouvoir toujours être révoquée.

Je voudrais maintenant, laissant de côté la question d'irrévocabilité qui n'est point douteuse, essayer de montrer qu'il n'y a pas dans tout ceci une simple question de mots, et qu'il n'est pas impossible, dans certains cas, d'arriver à des conséquences pratiques différentes, suivant que l'on considère, dans l'espèce, la femme comme capable ou comme autorisée. Et, en effet, s'il est vrai que la femme, dans l'hypothèse de l'art. 223, soit relevée de son incapacité par une autorisation générale, ne faut-il pas dire alors que, si la femme commune, qui, par une sorte de séparation partielle, s'est réservé la jouissance et l'ad-

ministration d'une partie de son patrimoine, vient à contracter à cette occasion des obligations, le créancier se trouvera avoir action, non seulement sur tous les biens qu'elle administre, ainsi que sur la nue propriété de ses autres biens, mais encore sur les biens de la communauté et sur ceux du mari lui-même. N'est-ce pas là la décision donnée par la loi, en ce qui concerne les obligations contractées, à l'occasion de son négoce, par la femme marchande publique, laquelle, je vais le démontrer, agit bien réellement en vertu d'une autorisation générale; n'est-ce pas là, suivant l'opinion la plus accréditée, la règle absolue (le cas de l'art. 1413 excepté), toutes les fois que la femme commune s'oblige avec l'autorisation de son mari? Il en sera tout autrement, si, nous écartant de la lettre de la loi, nous nous refusons à voir dans l'hypothèse prévue dans l'art. 223 un cas d'autorisation générale; et nous devons dire alors que la femme, agissant dans les limites de sa capacité, ne peut jamais obliger que la pleine propriété des biens qu'elle administre, et la nue propriété de ses autres biens personnels.

La disposition de l'art. 223 est tout aussi inexacte, si l'on suppose que la faculté d'administrer ait été octroyée à la femme au cours du mariage. Lors, en effet, que le contrat de mariage

a attribué au mari l'administration des biens de sa femme, cette administration, avec les pouvoirs et la responsabilité qu'elle entraîne, ne peut plus cesser ensuite de lui appartenir : or, l'autorisation maritale ne se conçoit que lorsqu'il s'agit d'habiliter la femme à exercer un droit qui lui est propre (1). La vérité est qu'il y a là un mandat donné par le mari à la femme, laquelle administre alors par son intermédiaire (2).

L'hypothèse de l'art. 223, laquelle, aux termes de cet article, est la seule exception que puisse comporter la règle relative à la nécessité d'une autorisation spéciale, étant ainsi complètement écartée (3), il semblerait que cette règle dût être absolue dans toute la force du terme. Il existe cependant, de l'avis de tous, un cas où la femme

(1) Cpr. Demolombe, IV, 205.

(2) Voy. *infra*, ch. V, p. 339.

(3) La seule chose qui résulte clairement de l'art. 223, c'est la prohibition des autorisations générales. En ce qui concerne la prétendue exception qu'il mentionne, je crois qu'il faut voir là tout simplement une inadvertance du législateur. On a cherché cependant à donner un sens raisonnable à cette disposition, et voici l'explication qu'on a proposée : Ce que le texte aurait voulu dire, c'est que, même au cas où la femme se serait réservé, par son contrat de mariage, l'administration de ses biens, il demeurerait défendu de lui donner une autorisation générale lorsqu'il s'agirait, pour elle, de faire des actes ne rentrant pas dans ses pouvoirs d'administration. (En ce sens, M. Duvergier à son cours.)

se trouve affranchie de la nécessité d'une autorisation spéciale; je veux parler du cas où elle est marchande publique. Voici comment s'expriment, à cet égard, les art. 220 C. c. et 5 C. com. : « La femme, si elle est marchande publique; peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux; » et l'art. 1426 ajoute que : « Les actes faits par la femme sans le consentement de son mari..... n'engagent point les biens de la communauté, si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce. »

Aucun de ces textes ne nous parle d'autorisation générale, tous semblent, au contraire, nous présenter la femme capable de s'obliger sans avoir obtenu aucune espèce d'autorisation à cet effet. Mais il ne faut pas donner une portée trop absolue aux mots « sans autorisation, » « sans le consentement de son mari, » dont se sert la loi. Ce que le législateur a simplement entendu dire, c'est que la femme qui se livre au commerce avec le consentement de son mari se trouve par là même autorisée à l'avance, et une fois pour toutes, à faire les actes que ce commerce nécessite, sans avoir besoin d'obtenir spécialement, pour chacun d'eux, une autorisation nouvelle. Ce qui prouve que tel est bien le sens de nos ar-

tibles, c'est qu'ils admettent que les obligations contractées par la femme marchande publique donnent au créancier action contre le mari et la communauté; or, il est bien certain que la femme ne pourrait jamais obliger la communauté, qui est à la disposition exclusive du mari, si elle n'était censée agir avec l'assentiment de celui-ci.

SECTION II

Principaux caractères de l'autorisation de faire le commerce.

L'autorisation de faire le commerce, nous venons de le voir, est générale, et c'est là ce qui la distingue tout particulièrement. Quel est exactement le degré de généralité qu'elle comporte, c'est un point sur lequel je m'expliquerai tout à l'heure. Laissons donc pour le moment de côté ce premier caractère, auquel il convient de réserver une place à part, et plaçons-nous à d'autres points de vue.

Quand il s'agit d'une autorisation ordinaire, c'est un point controversé, et sur lequel je n'ai pas à m'expliquer ici, que de savoir si elle peut être donnée tacitement, en dehors de l'hypothèse où elle résulterait du concours du mari dans l'acte. Il est, au contraire, certain que l'autorisation de faire le commerce peut n'être que ta-

cite. Cela ressort tant des discussions (1) qui ont eu lieu à ce sujet, pendant les travaux préparatoires du Code civil, que du texte même de l'art. 4 C. com., lequel se contente du consentement du mari. Il suffit donc que celui-ci ait connu l'existence du commerce entrepris par sa femme (2) et ne se soit pas opposé à sa continuation, pour que cette tolérance de sa part soit considérée comme une autorisation suffisante; et il faudrait admettre les tiers à en faire la preuve par témoins, quelle que fût, d'ailleurs, l'importance de l'intérêt engagé dans le débat.

Cette solution se justifie d'ailleurs parfaitement, il ne faut pas permettre au mari, qui aurait laissé sa femme s'engager dans des opérations qu'il croyait avantageuses, d'échapper ensuite, par un désaveu tardif, aux conséquences d'actes qu'il avait tacitement autorisés (3).

Une question qui a été vivement débattue est celle de savoir si, à défaut d'autorisation mari-

(1) Voy. Locré, *Lég. civ.*, XVII, p. 133.

(2) Pour que la femme soit réputée marchande publique, il ne suffit pas qu'elle fasse des actes de commerce au vu et au su de son mari, il faut qu'elle entreprenne véritablement un commerce dans le sens de l'art. 1^{er} C. com.; commerce *distinct* de celui de son mari, art. 220 C. c. et 5 C. com. Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, que ce commerce soit *autre* que celui du mari. Voy. Demolombe, IV, 200. Cpr. toutefois art. 235 cout. de Paris.

(3) Cpr. Demolombe, IV, 198.

tale, la justice peut valablement autoriser la femme à faire le commerce.

Je crois la négative bien fondée en droit, voici mes raisons : L'art. 4 C. com. dispose que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de *son mari*; il ne dit pas un mot de l'autorisation de justice, et ce silence me paraît significatif. De plus, tous les articles du Code civil, où il est question de l'autorisation de justice, nous présentent cette autorisation comme suppléant celle du mari, pour permettre à la femme d'ester en jugement, de passer un acte, de contracter, mais jamais pour lui permettre de faire le commerce (1); et l'art. 220, qui se préoccupe de l'hypothèse où la femme serait autorisée à faire le commerce, ne renferme pas un mot d'où l'on puisse induire que la justice pourra l'y habilitier. J'ajoute que cette doctrine paraît bien confirmée par les travaux préparatoires (2), que, d'ailleurs, la qualité de commerçante donne, ainsi que nous le verrons, une capacité très étendue à la femme, dont les intérêts peuvent, dès lors, se trouver gravement compromis, et qu'il est, en conséquence, fort naturel de ne confier qu'au mari seul le droit d'autoriser. Mieux que tout

(1) Voy. les art. 218, 219, 221, 222, 224 C. c. *Adde* art. 861 C. pr.

(2) Voy. Loqué, *Lég. civ.*, XVII, p. 132-136.

autre, d'ailleurs, il est à même de connaître les aptitudes de sa femme, et d'apprécier l'opportunité d'une semblable autorisation (1).

Je reconnais que cette doctrine pourra parfois présenter, en fait, de graves inconvénients. Il est possible que le refus du mari soit uniquement dicté par la malveillance, alors que la femme, parfaitement apte à faire le commerce, n'a d'autre moyen de se procurer des ressources. Ne devrait-on pas, au moins, permettre dans ce cas à la justice d'intervenir? M. Boistel le pense (2). Sans doute, dit-il, le mari a seul le droit d'octroyer l'autorisation, mais ce droit exclusif ne saurait justifier les abus. Cette décision est certainement très équitable, mais si l'on fait exception pour un cas, où s'arrêtera-t-on? La femme pourra toujours prétendre que l'autorisation lui est injustement refusée et requérir l'intervention du tribunal, ce qui, en fait, rendra le plus souvent illusoire le principe que la loi semble bien avoir consacré, et qui ne paraît en somme, même au point de vue pratique, présenter beaucoup plus d'avantages que d'inconvénients.

Le système que je viens d'exposer, quoique le

(1) En ce sens, Bravard-Veyrières, *Manuel de dr. comm.*, p. 47; Massé et Vergé, I, p. 235, 236; Demolombe, IV, 248; Aubry et Rau, V, p. 145, § 472; Trib. civil de Lyon, 16 janvier 1869, S. 69, 2, 273.

(2) Voy. Boistel, *Droit comm.*, 95.

plus généralement admis, a rencontré cependant d'assez nombreux contradicteurs. Il est à remarquer toutefois que, parmi les différentes solutions qui ont été proposées, aucune ne présente l'autorisation de justice comme susceptible de remplacer, toujours et dans tous les cas, l'autorisation maritale ; toutes, et c'est là, ce me semble, leur condamnation, font des distinctions, là où le législateur n'en fait aucune.

Les uns admettent seulement l'autorisation de justice au cas d'absence ou d'incapacité du mari ; car alors « l'autorisation judiciaire ne sera pas la contradiction, mais au contraire une substitution à la volonté présumée conforme du mari (1). » C'est de l'arbitraire tout pur. J'ajoute que la distinction proposée est en contradiction absolue avec les textes. Il résulte en effet très certainement, du rapprochement des art. 218 et 219 avec les art. 222 et 224, que l'autorisation de justice est destinée à remplacer l'autorisation maritale, soit au cas de refus, soit au cas d'absence et d'incapacité, avec la même efficacité, et pour les *mêmes actes*.

Les autres refusent seulement à la justice le droit d'autoriser lorsqu'il y a communauté de biens, et ce même au cas d'absence ou d'incapa-

(1) Marcadé, art. 220, n° 1. Voy. égal. Duranton, II, 478.

cité du mari (1). A cet égard, il convient de bien s'entendre. Il est certain que, sous le régime de communauté, l'autorisation de justice, si elle était admise, ne pourrait avoir aucun effet contre le mari, et que par conséquent la femme, si elle ne s'était pas réservé la pleine propriété de quelques uns de ses biens, ne pourrait jamais obliger que la nue propriété de ses propres : ce qui en fait lui rendra tout commerce à peu près impossible. Mais cette impossibilité de fait, qui n'en est pas une en droit, ne doit pas nous conduire à formuler une distinction que les textes ne comportent pas. D'ailleurs, si la distinction proposée était exacte, ce n'est pas seulement au cas de communauté, mais dans toutes les hypothèses où la femme n'aurait pas conservé la jouissance, sinon de la totalité, tout au moins d'une partie de sa fortune, qu'il faudrait écarter l'autorisation judiciaire.

M. Demante (2) a pensé que l'autorisation de justice ne devait être admise qu'au cas de séparation de corps. Cette solution est sans doute fort raisonnable, la séparation de corps relâchant singulièrement les liens du mariage, il n'y a rien d'illogique à restreindre, sur certains points au

(1) Voy. Paris, 24 octobre 1844, S. 44, 2, 581.

(2) *Cours analyt.*, I, 302 bis, V. Consultez également dans le même sens, Caen, 8 juin 1846, affaire Pichot; Paris, 7 juillet 1860, *Gaz. des tribunaux* du 20 juillet 1860.

moins, la nécessité de l'autorisation maritale, d'autant plus qu'il est à craindre en pareil cas que le mari ne fasse, par ressentiment, abus de son autorité, ou même, ce qui sera plus rare, que cette autorité ne devienne entre ses mains un instrument de chantage. Mais, sommes-nous autorisés à introduire des distinctions là où la loi n'en fait aucune ? Je ne le pense pas ; je crois au contraire que, pour tout ce qui concerne ses intérêts pécuniaires, la femme séparée de corps n'est pas plus affranchie de l'autorité maritale que la femme séparée de biens par contrat.

L'autorisation de faire le commerce est toujours révocable (1). La révocabilité est en effet un caractère essentiel de l'autorisation maritale ; s'il en était autrement, l'autorité du mari se trouverait en quelque sorte enchaînée, et ne serait plus qu'un vain mot. Et il n'y a pas à cet égard à distinguer suivant que l'autorisation a été accordée par contrat de mariage ou autrement ; ce serait une grave erreur que de croire qu'elle dût, au premier cas, participer de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales (2).

(1) En ce sens, Demolombe, IV, 322 et s. ; Toullier, XII, 257-259 ; Pardessus, I, 64 ; Aubry et Rau, V, p. 458, § 472. Ceci résulte d'ailleurs nettement de la discussion au conseil d'Etat sur l'art. 3 C. com. ; voy. Locré, *Législ. civ.*, XVII, p. 157 et s.

(2) Demolombe, IV, 324.

Bien entendu, la révocation ne saurait jamais avoir pour résultat de porter atteinte aux droits acquis. Elle ne pourrait donc rétroagir au préjudice des tiers, et tous les actes passés par la femme en vertu de l'autorisation depuis révoquée devraient être maintenus (1).

Elle ne serait pas non plus opposable aux tiers qui n'auraient pas pu la connaître. Le mari devra donc donner le plus de publicité possible à la révocation. L'affiche au tribunal, l'insertion dans les journaux, seront, en pareil cas, d'excellents moyens de publicité. Au reste, le point de savoir si les tiers ont pu être avertis est une pure question de fait abandonnée à l'appréciation du juge (2).

On admet assez généralement que la révocation ne doit pas pouvoir être faite brusquement, *ab irato*, au risque d'exposer la femme à des pertes considérables, ou même à lui faire manquer le succès d'opérations heureusement commencées. La femme serait alors en droit de se pourvoir devant les tribunaux à l'effet de se faire autoriser à continuer son négoce. M. Regnault avait proposé au conseil d'Etat l'insertion d'une disposition ainsi conçue : « Le mari peut, en tout temps,

(1) Aubry et Rau, V, p. 159, § 472 ; Demolombe, IV, 326.

(2) Mais à qui incombera le fardeau de la preuve ? Elle incombera au mari. Arg. art. 2005.

faire cesser le commerce de la femme, sauf à elle à réclamer devant les tribunaux pour se faire autoriser, s'il y a lieu, à le continuer (1). » Cette disposition n'a pas été introduite dans la loi, mais il semble bien qu'elle exprimait alors l'opinion presque unanime du conseil (2).

Je suis, pour ma part, assez porté à admettre cette manière de voir, et je ne crois pas me mettre par là en contradiction avec moi-même. Il n'est plus ici question d'autoriser la femme à faire le commerce, mais, comme le fait fort justement remarquer M. Demolombe (3), d'apprécier les légitimes conséquences du consentement donné par le mari lui-même ; on peut refuser à la justice le droit de se prononcer dans le premier cas, et lui reconnaître au contraire, ce droit dans le second.

M. Demolombe (4) estime que le juge appelé à apprécier la réclamation de la femme pourra, sans attacher d'ailleurs à ce fait une importance décisive, prendre en considération la circonstance que l'autorisation avait été accordée par contrat de mariage, surtout si la femme, déjà commer-

(1) Voy. Locré, *Lég. civ.*, XVII, p. 157.

(2) En ce sens, Aubry et Rau, V, p. 458, § 472; Toullier, XII, 257-259; Pardessus, I, 64; Demolombe, IV, 324. *Contrà*, G. Massé, *Droit comm.*, III, 171.

(3) Cpr. Demolombe, *loc. cit.*

(4) Voy. Demolombe, *loc. cit.*

cante avant de se marier, n'avait fait que continuer le commerce qu'elle exerçait déjà. Il ne me paraît pas cependant que cette considération soit de nature à influencer beaucoup le tribunal. Qu'importent les conditions dans lesquelles l'autorisation est intervenue; quelles qu'elles soient, elles ne peuvent, en rien, faire obstacle au droit de révocation du mari. Ce qu'il convient seulement d'apprécier, c'est si, dans les circonstances présentes, cette révocation n'est pas de la part du mari un parti pris, ou un acte de colère funeste à la femme.

Si le juge estime la réclamation bien fondée, il pourra très certainement accorder à la femme le délai qu'il croit suffisant pour lui permettre de terminer les opérations commencées, et liquider sa situation le plus avantageusement possible. Mais pourrait-il se borner à l'autoriser purement et simplement à continuer son négoce? J'ai peine à le croire : que la femme n'ait pas à souffrir d'une révocation brutale et intempestive, rien de plus juste; mais au moins que le droit de révocation du mari ne soit pas lettre morte (1) !

Si l'on admet (j'ai dit que je ne partageais pas cette opinion) que l'autorisation de justice suffise, dans certains cas au moins, à habiliter la

(1) *Contrà*, Demolombe, *loc. cit.*

femme à faire le commerce, faut-il, même encore dans cette hypothèse, accorder au mari le droit de révocation ? Que le mari puisse, à lui seul et de son plein gré, mettre à néant un jugement qui aurait autorisé la femme à faire le commerce, cela ne peut guère être soutenu (1). Cependant il est peut-être d'un très grand intérêt pour le mari de mettre fin à un commerce dans lequel la fortune de la femme serait sur le point d'être compromise. Aussi admettrai-je sans difficulté que le mari pourrait, en pareil cas, s'adresser à la justice, pour en obtenir la révocation de l'autorisation par elle octroyée, en suivant à cet effet les formes indiquées par la loi, alors qu'il s'agit d'obtenir l'autorisation elle-même (2).

(1) Voy. toutefois Aubry et Rau, V, p. 458 *in fine* et 459, texte et note 88, § 472.

(2) En ce sens, Demolombe, IV, 325. MM. Aubry et Rau, qui accordent au mari le droit de révoquer, par un simple acte extrajudiciaire, l'autorisation de justice, lorsqu'elle a été accordée à raison de son absence ou de son incapacité, lui refusent, au contraire, le droit de demander à la justice la révocation de l'autorisation que lui-même s'était refusé à donner. Le mari n'aurait, suivant les savants auteurs, d'autre ressource que de se pourvoir par appel contre le jugement qui a autorisé la femme. Voy. Aubry et Rau, *loc. cit.*

SECTION III

Capacité de la femme marchande publique.

La femme marchande publique devient, en thèse générale, capable de figurer, sans autorisation nouvelle, dans tous les contrats, dans tous les actes relatifs au commerce qu'elle se trouve autorisée à exercer. Et il fallait bien qu'il en fût ainsi, car, comme le dit très justement Pothier (1), « la femme n'a pas toujours son mari à ses côtés, qui puisse l'autoriser pour ces actes, lesquels le plus souvent ne souffrent pas de retardement. »

Mais quelles sont exactement les limites de sa capacité ? Quand la femme sera-t-elle réputée agir pour le fait de son commerce, selon l'expression de l'art. 1426 C. c. ?

Tout d'abord, il est bien certain qu'elle devra pouvoir faire seule tous les actes commerciaux se rapportant au genre de négoce qu'elle est autorisée à entreprendre. Mais ne faut-il pas aller plus loin, et lui permettre toutes les opérations qui, quoique non commerciales par elles-mêmes, se rattachent néanmoins à son entreprise ?

M. Vazeille (2) enseigne que la femme « dis-

(1) *Traité de la puiss. du mari*, n° 21.

(2) II, 233.

pensée de l'autorisation pour les opérations directes de son commerce à cause de leur multiplicité et de la rapidité de leur mouvement, reste soumise à cette condition pour les actes qui ne sont pas purement du négoce ou qui n'en sont que la suite indirecte, et qui peuvent être préparés par le temps et mûris par les conseils du mari. »

Je repousse cette interprétation : l'art. 7 C. com. en accordant à la femme le droit d'engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles, nous montre à l'évidence qu'elle est capable de faire non seulement des actes commerciaux, mais encore des actes qui, quoique purement civils par leur nature, peuvent néanmoins, le cas échéant, se rattacher à une entreprise commerciale. Je sais bien que M. Vazeille refuse à la femme marchande publique le droit de souscrire seule un contrat portant aliénation de ses immeubles, ou de passer un acte formel pour hypothéquer ses biens à la sûreté de ses dettes commerciales. Mais cette solution n'est pas admissible. La disposition de l'art. 7 C. com. serait en effet d'une complète inutilité, si elle voulait dire seulement que la femme pourra hypothéquer et aliéner ses immeubles avec l'autorisation de son mari. Nulle part, d'ailleurs, la loi ne limite la capacité de la femme marchande publique *aux actes de com-*

merce ; les art. 220 C. c. et 5 C. com. disposent au contraire, d'une manière générale, que la femme marchande publique est capable de s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et non point seulement lorsque l'opération est commerciale par sa nature. Et il n'y a pas, en ce qui concerne les aliénations, à argumenter de la prohibition de l'art. 1538 C. c.; ce qu'il peut y avoir de trop général dans la rédaction de cet article se trouve, en effet, corrigé par les art. 220 C. c. 5 et 7 C. com. (1).

Si le principe est certain, son application peut souvent donner naissance à des difficultés. Devrons-nous, par exemple, considérer comme valables les engagements pris par la femme à l'occasion de travaux de réparations et d'embellissements exécutés pour son établissement de commerce ? L'affirmative me semble peu douteuse ; alors même que ces travaux ne constitueraient pas un acte commercial, ce qui est controversé (2), il me paraîtrait difficile de ne pas les considérer comme rentrant parmi les actes relatifs au négoce et, par conséquent, n'excédant pas les limites de la capacité de la femme,

Mais, faut-il aller plus loin et autoriser la

(1) Cpr. Demolombe, IV, 296.

(2) Cpr. Aix, 6 août 1829, S. 29, 2, 312 ; Bourges, 15 février 1842, S. 43, 2, 21 ; Pardessus, *Droit comm.*, I, 19.

femme à faire des constructions nouvelles, à acquérir des immeubles nouveaux pour y établir une manufacture, une fabrique, des magasins? La question devient plus délicate, évidemment ces constructions nouvelles, ces acquisitions, ne sont qu'une suite très éloignée du commerce entrepris par la femme, ce n'est pas là un moyen nécessaire ni même ordinaire de faire le commerce. Je crois avec M. Demolombe (1) que, dans cette hypothèse, et en général toutes les fois que dans des hypothèses analogues il s'agira de savoir si l'acte passé par la femme peut être considéré comme concernant son négoce, il n'y aura pas à poser de règles absolues, mais que la question devra être résolue en fait par le juge, qui aura à tenir compte de l'importance de l'opération eu égard à la situation commerciale de la femme, de la bonne foi des tiers, et autres circonstances de la cause.

Il convient d'ailleurs de remarquer qu'il est certains actes qui demeurent absolument interdits à la femme, et à l'occasion desquels elle ne devra pas être réputée agir pour le fait de son commerce. C'est ainsi que l'art. 215 refuse à la femme même marchande publique le droit d'ester en jugement, sans qu'il y ait à distinguer, à

(1) Cpr. Demolombe, *loc. cit.*

cet égard, suivant que le procès est ou non relatif à son négoce. Engager un procès n'est pas en effet un moyen ordinaire de faire le commerce ; c'est un acte qui mérite entre tous d'être mûrement réfléchi, et pour lequel il est naturel d'exiger l'intervention du mari.

Je refuserais également à la femme le droit de compromettre même sur des difficultés relatives à son commerce ; les raisons qui m'ont empêché de reconnaître ce droit à la femme séparée de biens, me paraissent devoir s'appliquer ici (1). Mais, bien entendu, une transaction intervenue dans les mêmes circonstances serait parfaitement valable.

On s'est demandé si une femme marchande publique, pouvait contracter une société commerciale avec un tiers. Je ne le crois pas. Il y a là sans doute un acte commercial, mais on ne peut pas dire que la femme contracte en pareil cas pour ce qui concerne son négoce. C'est à la vérité une opération toute nouvelle que la femme entreprend, que le mari n'a certainement pas prévue et qu'il ne peut pas, par conséquent, être censé avoir autorisée à l'avance. Cette association, d'ailleurs, aurait forcément pour résultat de paralyser le droit de révocation du mari, ce qui est inadmis-

(1) Voy. ce que j'ai dit *suprà*, p. 251.

sible. J'ajoute qu'il serait contraire à l'autorité maritale que la femme pût former, sans autorisation, un contrat qui entraîne toujours des relations plus ou moins familières et intimes. Sans doute la femme pourrait très bien acheter et revendre de compte à demi avec un tiers ; mais c'est là une association purement accidentelle et momentanée, qui constitue moins une société véritable qu'une opération en commun (1).

La femme marchande publique pourrait-elle se rendre caution de la dette commerciale d'un autre commerçant ? Oui, a-t-on dit, si la femme est associée d'intérêt avec le tiers qu'elle cautionne, car, en pareil cas, le cautionnement constitue un engagement pris par la femme dans l'intérêt de son négoce ; non, dans le cas contraire (2).

M. Demolombe repousse cette distinction. Sans doute la femme peut bien avoir intérêt à soutenir de son crédit le tiers qu'elle cautionne, mais cet intérêt-là est indépendant de son négoce ; elle pourrait l'avoir aussi bien, commerçante ou non à l'égard de tout débiteur même d'obligations purement civiles. Le cautionnement ne peut pas

(1) Cpr. art. 1861-2°. En ce sens, Pardessus, I, 66 ; Delangle, *Dès sôc. comm.*, I, 56 ; Demolombe, IV, 297. *Contrà*, G. Massé, *Droit comm. dans ses rapports avec le droit des gens*, III, 95 et 175.

(2) Voy. Merlin, Rép. v° *Autoris. marit.*, sect. VII, n° 6 ; Vazeille, II, 332 ; Duranton, II, 479.

d'ailleurs être considéré comme un moyen pour la femme d'exercer le commerce. Enfin, comment le créancier pourra-t-il s'assurer que son débiteur est bien réellement associé d'intérêt avec la femme (1)?

J'estime, pour ma part, que la femme *capable de s'obliger pour ce qui concerne son négoce* doit pouvoir cautionner un tiers commerçant ou non, lorsque les besoins de son commerce le réclament.

M. Demolombe reconnaît lui-même la femme commerçante capable de faire des actes qui ne sont nullement commerciaux de leur nature, qui ne sont point un moyen ordinaire de faire le commerce, pourquoi donc est-il d'un avis différent en ce qui touche le cautionnement? La femme, nous l'avons vu, et M. Demolombe le soutient énergiquement, peut bien hypothéquer pour les besoins de son négoce, pourquoi donc ne pourrait-elle pas continuer? Mais, dit-on, le tiers n'aura aucun moyen de s'assurer que la femme a réellement intérêt à s'engager pour son débiteur. Ceci est une tout autre question; elle n'est pas d'ailleurs spéciale au cautionnement, elle se pose pour tout acte qui, n'étant commercial, ni par sa nature, ni par sa forme, ne révèle pas par lui-même s'il

(1) Voy. Demolombe, IV, 298.

doit être ou non considéré comme une suite du commerce entrepris par la femme. J'ajoute que M. Demolombe estime en pareil cas, et c'est l'opinion que je vais soutenir dans la section suivante, que la présomption doit être en faveur du tiers, toutes les fois qu'il a légitimement pu croire que la femme agissait pour les besoins de son négoce. Pourquoi ne pas faire au cautionnement l'application de ce principe?

SECTION IV

Les actes faits par la femme marchande publique sont-ils présumés dans l'intérêt de son négoce?

Nous avons vu que, d'une façon générale, la capacité de la femme marchande publique s'étend à tout ce qui concerne son négoce. La question est maintenant de savoir si l'acte fait par la femme, à supposer bien entendu qu'il ne soit pas de ceux qui lui demeurent interdits, doit être, *à priori* et jusqu'à preuve contraire, présumé dans l'intérêt de son commerce, ou si, au contraire, la présomption est en faveur de l'incapacité.

La question ne se pose même pas, lorsque l'acte est de ceux qui sont commerciaux de leur nature, tels que lettres de change, billets à ordre. Il est bien clair que de pareils actes doivent être présumés relatifs au commerce de la femme (1).

(1) Voy. Demolombe, IV, 300. Cpr. art. 632 C. com.

Il est également certain que la déclaration faite par la femme que l'acte est relatif à son négoce suffit pour établir une présomption en ce sens, sans que d'ailleurs le tiers soit obligé de suivre l'emploi des fonds par lui versés entre les mains de la femme. Aucun texte en effet n'oblige le tiers qui traite avec celle-ci à vérifier la sincérité de sa déclaration, et il faut bien qu'il en soit ainsi, car autrement la femme se verrait forcée de dévoiler le secret de ses affaires et de sa situation commerciale. Personne d'ailleurs ne se soucierait de traiter dans de semblables conditions (1).

Mais la difficulté apparaît si l'on suppose un acte qui n'est commercial ni par sa nature, ni par sa forme, et à l'occasion duquel la femme n'a fait aucune déclaration. Par exemple, elle a hypothéqué ou aliéné un de ses immeubles, elle a contracté un emprunt par acte notarié ou par simple billet.

On peut soutenir qu'en pareil cas le tiers devra prouver que l'affaire concernait le négoce de la femme. La règle est que la femme mariée ne peut s'obliger ni aliéner sans autorisation, c'est au tiers qui prétend se trouver dans l'exception à faire sa preuve. Sans doute il en serait autrement si la loi avait établi une présomption en sa faveur,

(1) Voy. Demolombe, *loc. cit.*

mais cette présomption ne se trouve écrite nulle part. L'art. 638 C. com., dont on a cherché à argumenter dans le sens de l'opinion contraire, ne peut être invoqué ici, car il traite non pas une question de validité d'obligations, mais une question de commercialité, ce qui est tout différent (1).

Je crois que cette doctrine est certainement erronée, au moins en ce qui concerne les billets souscrits par la femme. L'art. 738 C. com. dispose en effet que les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce; or, l'expression de commerçant doit évidemment s'appliquer à la femme commerçante aussi bien qu'au mineur émancipé autorisé à faire le commerce. Sans doute l'art. 638 ne tranche qu'une question de commercialité, mais cela nous suffit parfaitement; car si l'opération est réputée commerciale, on doit par là même présumer qu'elle a pu être faite valablement par la femme, celle-ci étant très certainement capable de faire des actes commerciaux sans autorisation (2).

M. Duranton (3) ne s'en est pas tenu là, et, se

(1) En ce sens, Pardessus, *Droit comm.*, I, 62 et 71; G. Massé, *Droit comm.*, III, 93 et 175.

(2) En ce sens, Toullier, XII, 294-252; Marcadé, article 220, n° 3; Demolombe, IV, 304; Valette sur Proudhon, I, p. 460, note a, 11.

(3) Voy. Duranton, *Cours de dr. franç.*, II, 483, et *Traité des contr.*, I, 238.

fondant sur l'art. 7 C. com., il admet que la présomption est également en faveur de l'acquéreur au cas de vente d'immeubles (1). Je serais disposé à aller plus loin encore et à étendre cette décision même à l'hypothèse d'obligations contractées par acte notarié, en ce sens tout au moins qu'il suffira aux tiers de prouver qu'en fait rien ne les a avertis que l'obligation ou la vente fût étrangère au négoce de la femme.

Je remarque tout d'abord qu'il paraît bien résulter de la combinaison des art. 5 et 7 C. com. que les obligations ne doivent pas être traitées autrement que les aliénations; le premier de ces articles dispose en effet que la femme marchande publique peut s'obliger en ce qui concerne son négoce sans autorisation de son mari, et l'art. 7 ajoute : « Les femmes marchandes publiques peuvent *également* engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles. » Si donc la présomption est en faveur de l'acquéreur d'immeubles, quelle que soit d'ailleurs la forme de l'acte dans lequel la vente se trouve constatée, elle doit également protéger le créancier, alors même que l'obligation aurait été contractée par acte notarié (2).

Or, que la présomption soit en faveur de l'ac-

(1) Bien entendu, ce qui est vrai de l'aliénation doit l'être également de l'hypothèque (art. 7 C. comm.).

(2) Cpr. Demolombe, *loc. cit.*

quéreur d'immeubles, c'est ce qu'il me paraît bien difficile de ne pas admettre en présence des termes si larges de l'art. 7 C. com. Décider autrement serait exiger des tiers qui, sur la foi de cet article, ont cru pouvoir traiter avec la femme, une preuve impossible à fournir, à moins d'obliger celle-ci à montrer ses livres, sa correspondance, sa caisse, ce qui est évidemment inadmissible. Je sais bien que les tiers auraient pu exiger de la femme une déclaration; mais j'ai peine à croire qu'il soit entré dans la pensée du législateur de faire dépendre le droit d'une personne d'une simple déclaration; ce serait là à coup sûr un système bien peu juridique.

Ma conclusion sera donc que quiconque ayant traité avec la femme, aura légitimement pu croire qu'elle agissait dans l'intérêt de son commerce, sera protégé par une présomption conforme à sa croyance, non seulement s'il est porteur d'un billet souscrit par la femme, ce qui alors n'est guère douteux, mais encore lorsque celle-ci lui a vendu ou hypothéqué ses immeubles, et même lorsqu'elle s'est obligée envers lui par acte notarié (1).

Il ne suffit pas d'avoir établi que la présomption est en faveur du tiers; il faut nous deman-

(1) En ce sens, Demolombe, *loc. cit.* Cpr. en sens divers, Zachariæ, Massé et Vergé, I, p. 235, note 27; Demante, I, 302 *bis* 1; Aubry et Rau, V, p. 456, note 73, § 472.

der maintenant quelle va être la situation de la femme en présence de cette présomption, et par quels moyens elle la pourra combattre.

Mais, dira-t-on, rien de plus simple, il lui suffira de prouver que l'acte n'était pas en réalité relatif à son négoce. Nous ne sommes point ici en présence d'une présomption *juris et de jure*, la preuve contraire est donc toujours possible (1).

Cette solution est rationnelle; j'hésite pourtant à l'adopter; car, comme on l'a très bien fait remarquer, « le tiers n'a aucun moyen de vérifier la déclaration qui a pu lui être faite, de surveiller l'emploi des fonds, de s'assurer enfin que la femme traite bien véritablement pour les besoins de son commerce. » Admettre la preuve contraire, c'est en réalité rendre impossible toute opération commerciale avec la femme, c'est donc aller directement contre le but de la loi, qui a voulu précisément lui donner une capacité telle qu'elle pût traiter, sans entraves, avec les tiers. J'admettrai donc, comme conforme à l'intention du législateur, que la présomption de commercialité devra suffire à protéger les tiers, toutes les fois qu'ils auront été en droit de penser que l'acte intéressait le négoce de la femme. Que celle-

(1) En ce sens, Toullier, XII, 429, 250; Duranton, *Des contrats*, I, 237.

ci prouve leur mauvaise foi, c'est la seule preuve qu'elle puisse fournir (1).

Cette preuve d'ailleurs pourra parfois se trouver toute faite, et je ne mets pas en doute que, si l'acte indiquait suffisamment par lui-même qu'il n'a pu avoir pour cause le commerce de la femme, la nullité en dût être prononcée (2). La Cour de cassation a cependant déclaré valable, par un arrêt en date du 7 décembre 1814, la vente d'un immeuble moyennant une rente viagère, par une femme marchande publique non spécialement autorisée. C'est aller trop loin, à mon sens, et la circonstance que l'immeuble avait été acheté par la femme avec des bénéfices faits dans son commerce ne me paraît pas de nature à justifier la décision de la Cour suprême.

SECTION V

Sur quels biens les obligations contractées par la femme marchande publique peuvent être exécutées.

Lorsqu'une femme mariée s'oblige sans autorisation, la question de savoir sur quels biens l'obligation ainsi contractée peut être exécutée,

(1) On peut tirer, en faveur de ce système, un argument d'analogie des art. 2008 et 2009 C. c. Voy. en ce sens Demolombe, IV, 302.

(2) S. 15, 1, 39.

ne se pose jamais que relativement aux biens personnels de la femme. Il est évident que ni les biens du mari, qui est demeuré étranger à l'obligation, ni même les biens communs, qui sont essentiellement et exclusivement à la disposition de ce dernier, ne sauraient être affectés au paiement.

En est-il encore de même lorsque la femme s'oblige avec l'autorisation de son mari et notamment lorsqu'elle contracte comme marchande publique ? Il est certain que, si les époux sont mariés sous le régime de communauté, les obligations contractées par la femme à l'occasion de son commerce tomberont dans le passif de la communauté. C'est là, en effet, une règle générale pour toutes les dettes contractées par la femme autorisée de son mari (1). Cette règle reçoit, il est vrai, une exception dans le cas de l'art. 1413 C. c., et peut-être aussi, ce qui est très contestable (2), dans le cas de l'art. 1432 C. c. Mais, soit que l'on se refuse à voir d'autres exceptions, ce qui me paraît plus juridique, soit que l'on étende les décisions exceptionnelles des art. 1413 et 1432 par voie d'analogie (3), il ne

(1) Cpr. les art. 1409-2° et 1449 C. c.

(2) Cpr. Laurent, XXII, 75 ; Colmet de Santerre, VI, 41 bis XXIII.

(3) L'opinion la plus commune n'admet d'autres excep-

saurait, dans tous les cas, être question de soustraire à la règle générale les obligations contractées par la femme à l'occasion de son négoce, puisque dans l'espèce, et à la différence de ce qui a lieu dans les hypothèses prévues par les articles 1413 et 1432 C. c., la communauté se trouve appelée à bénéficier des opérations entreprises par la femme. L'art. 1426 C. c. est d'ailleurs formel en ce sens. Seulement, cet article a le tort de nous présenter ce résultat comme une dérogation au principe d'après lequel la femme non autorisée ne peut engager que ses biens personnels, car la femme marchande publique doit être au contraire considérée comme agissant avec l'autorisation de son mari (1).

J'ajoute, sans insister d'ailleurs sur ce point, que la règle des art. 1409-2° et 1419, se justifie facilement, soit par cette considération que, la femme étant en réalité copropriétaire des biens communs, il était naturel de supposer que le mari, en l'autorisant à contracter, l'autorise par là même à engager sa part indivise et même la communauté tout entière (2), soit plutôt parce

tions que celles qui résultent des textes. En ce sens notamment, Rodière et Pont, II, 786 ; Laurent, XXII, 76 ; Colmet de Santerre, VI, 41 bis XXV. *Contrà*, Duranton, XIV, 248.

(1) Voy. ce que j'ai déjà dit *suprà*.

(2) En ce sens, Boistel, *Droit comm.*, n° 100.

quée, la communauté étant appelée le plus souvent à bénéficier des obligations contractées par la femme, il était juste que celle-ci ne se trouvât pas seule obligée (1).

La communauté étant obligée, il en résulte que les biens du mari pourront également être poursuivis. C'est d'ailleurs ce que disent formellement les art. 220 C. c. et 5 C. comm. Mais je crois qu'il faut simplement voir là une conséquence de l'espèce de confusion qui s'opère, pendant toute la durée de la communauté, entre les biens communs et les biens du mari. Il n'y a alors qu'un seul patrimoine, au point de vue des actes à titre onéreux tout au moins, et c'est pour cela que quiconque a action contre l'une des deux masses de biens, a par cela même action contre l'autre. Mais j'estime qu'il serait contraire à tous les principes de considérer le mari comme personnellement obligé par suite de l'autorisation accordée par lui. Je sais bien que les art. 220 C. c. et 5 C. comm. portent que la femme mar-

(1) Le point de savoir si la communauté avait été ou non intéressée et dans quelle proportion n'aurait pas manqué de soulever des difficultés inextricables, dont les tiers auraient été fréquemment les victimes ; aussi la loi a-t-elle admis, d'une façon générale, que l'intervention du mari ferait présumer l'intérêt de la communauté dans le contrat. En ce sens, Colmet de Santerre, VI, 41 bis XXV. Cpr. Laurent, XXI, 428.

chande publique *oblige* aussi son mari *s'il y a communauté entre eux*, et il semble, en effet, à prendre ces textes à la lettre, que le mari ait contracté une obligation personnelle. M. Demolombe considère cette proposition comme incontestable. J'en ne saurais partager cette opinion. C'est la femme seule qui a parlé au contrat, c'est elle seule qui s'est obligée. Peu importe qu'elle ait dû pour agir obtenir l'autorisation préalable de son mari, c'est une maxime bien connue que celui qui autorise ne s'oblige pas. « *Qui auctor est, non se obligat* », nous disent les jurisconsultes romains. Sans doute, les biens du mari seront, pendant la durée de la communauté, affectés au paiement des dettes de la femme, mais c'est là, je le répète, une conséquence de la confusion qui s'opère entre les biens communs et les biens personnels du mari ; il ne s'ensuit nullement que ce dernier soit en réalité personnellement obligé. En conséquence, lorsque la communauté vient à se dissoudre, il faut admettre que le mari ne pourra plus être recherché, à l'occasion des dettes contractées par sa femme dans son commerce, que comme époux commun, c'est-à-dire pour moitié.

Cette solution, qui paraît bien conforme à la doctrine de Pothier (1), se trouve confirmée de la

(1) Cpr. Pothier, *Du contr. de mariage*, n^{os} 730 et 731.

manière la plus précise par les art. 1484 et 1485 C. c., qui règlent la question de l'obligation aux dettes, en ce qui concerne le mari, après la dissolution de la communauté. Le premier de ces articles dispose que le mari est tenu pour la *totalité* des dettes de la communauté *par lui contractées*; le second, qu'il n'est tenu que *pour moitié* des dettes *personnelles à la femme* et qui étaient tombées à la charge de la communauté. En vain, objecterait-on que les dettes contractées par la femme autorisée par son mari doivent être assimilées aux dettes que le mari a contractées lui-même, puisqu'aux termes de l'art. 1419 C. c. le paiement peut en être poursuivi sur ses biens personnels, que par conséquent l'art. 1485 ne peut viser que les dettes de la femme antérieures au mariage. Je réponds que la disposition de l'art. 1419 n'implique nullement une assimilation entre ces deux sortes de dettes, mais qu'elle s'explique tout naturellement par l'espèce de confusion qui s'opère durant le mariage entre les biens du mari et les biens communs. Cette explication ne justifie donc ni la restriction que l'on prétend apporter à l'étendue d'application de l'art. 1485, ni l'extension que l'on donne aux mots « par lui contractées, » employés par l'art. 1484, et maintenus malgré les réclamations du Tribunat (1).

(1) Voy. Locré, *Lég. civ.*, XIII, p. 254. Dans le sens de

Supposons que la femme marchande publique, après avoir fait faillite, obtienne un concordat. Disons-nous que ses créanciers peuvent néanmoins poursuivre la communauté et le mari pour la partie de leurs créances dont ils ont fait remise à la femme ? Oui, répond la cour de Paris (1), car le mari est tenu personnellement. Non, dans mon opinion. Le mari ne s'est pas obligé personnellement, il n'est tenu que parce que la dette de la femme est tombée dans le passif de la communauté, mais du moment que remise de cette dette a été faite à la femme, on ne conçoit pas que le mari puisse être encore poursuivi (2).

A l'inverse, la question s'est posée de savoir si les créanciers de la femme pour dettes tombées dans la communauté devaient être admis à poursuivre les biens communs, nonobstant le concordat accordé au mari tombé en faillite. Et pour que la question se rattache tout à fait à notre sujet, nous supposerons que la femme exerçait de son côté un commerce séparé de celui de son

cette opinion, voy. Murlon, *Rép. écrites*, III, 240; Marcadé sur les art. 1485 et 1486, nos 1 et 2; Laurent, XXII, 70. *Contrà*, Duranton, XIV, 493; Rodière et Pont, II, 1133; Troplong, III, 1781; Demolombe, IV, 310; Aubry et Rau, V, p. 433, texte et note 2, § 520; Colmet de Santerre, VI, 145 bis V.

(1) Voy. Paris, 19 février 1845, D. 45, 4, 89.

(2) En ce sens, Laurent, XXII, 71.

mari. Là encore, je crois la négative bien fondée. La libération du mari doit avoir effet non seulement au regard de son patrimoine propre, mais encore au regard du patrimoine commun ; il y a, en effet, entre ces deux patrimoines une union si intime, que si l'un est tenu, l'autre l'est également ; si l'un est libéré, l'autre ne peut plus être poursuivi (1).

La cour de Lyon (2) s'est prononcée dans le sens de l'opinion contraire, en se fondant sur ce que la communauté forme un être moral et distinct des deux époux. Mais il faut repousser ce principe. Si la communauté était un être distinct du mari et de la femme, les dettes du mari ne devraient pas devenir les dettes de cet être distinct, ni les dettes de communauté celles du mari. La confusion des dettes, alors qu'il y aurait des personnes distinctes qui en seraient tenues, serait une étrange anomalie.

Que décider si le régime adopté par les époux n'est pas le régime de communauté ?

Il est bien certain que tout ce que je viens de dire devrait recevoir son application au cas de communauté d'acquêts. En effet, il y a en réalité communauté, par conséquent les art. 220 C. c.

(1) En ce sens, Rodière et Pont, II, 787 ; Aubry et Rau, V, p. 338, note 42, § 509 ; Laurent, XXII, 72.

(2) Voy. Lyon, 23 juillet 1858, S. 59, 2, 615.

et 5 C. com. s'appliquent à la lettre. J'ajoute qu'il y a, dans l'espèce, même confusion d'intérêts et de patrimoines et partant même raison de décider (1).

En dehors de cette hypothèse, il faut admettre sans hésitation que le mari ne peut jamais être recherché sur ses biens personnels, à l'occasion des obligations contractées par sa femme marchande publique. Cette solution me paraît commandée par le texte d'abord, qui ne déclare le mari tenu que s'il y a communauté, et ensuite par le principe de tout temps reconnu, que celui qui autorise ne s'oblige pas.

Je crois en revanche que la femme pourrait engager la pleine propriété de tous ses biens, de ceux-là même dont le mari aurait la jouissance (2). Ce dernier, en effet, en l'autorisant à faire le commerce, indique par là même qu'il n'entend mettre aucun obstacle à l'exécution des obligations qu'elle pourra contracter (3).

Le premier de ces principes s'applique sans

(1) Voy. Demolombe, IV.

(2) Bien entendu ceci ne doit s'entendre que de ceux de ses biens qui seraient aliénables et n'est pas applicable, par conséquent, aux biens dotaux.

(3) En ce sens, Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1779 et 1780; Demolombe, IV, 311; Aubry et Rau, V, p. 160, texte et notes 96 et 97, § 472. Cpr. cependant Merlin, sect. VII bis n° 9; Boistel, *Droit comm.*, p. 100.

difficulté, lorsque les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens, ou que, mariés sous le régime dotal, la femme exerce un négoce avec ses paraphernaux. Il n'en est plus de même si l'on suppose les époux mariés sans communauté, ou sous un régime où tous les biens présents et à venir auraient été stipulés dotaux. En pareil cas, le mari ayant la jouissance de tous les biens de sa femme, on peut soutenir, et on a soutenu en effet (1), que les bénéfices réalisés par la femme étaient des fruits qui devaient appartenir au mari, qu'il était injuste, par conséquent, d'affranchir de toute perte celui qui était appelé à recueillir tous les bénéfices. On ajoute que refuser aux créanciers le droit de poursuivre le mari, c'est rendre à la femme tout commerce impossible, dans l'hypothèse du moins où tous les biens présents et à venir auraient été stipulés dotaux, car ces créanciers n'auraient en réalité aucun moyen de se faire payer.

J'écarte tout d'abord cette dernière objection. Qu'il soit difficile à la femme dont tous les biens présents et à venir ont été stipulés dotaux de faire le commerce, si l'on refuse à ses créanciers le droit de poursuivre le mari, c'est incontestable.

(1) Voy. Delvincourt, I, p. 76, note 5; Duranton. II, 480; Vazeille, II, 360.

La chose n'est cependant pas impossible. Il suffit en effet de supposer qu'un tiers ait prêté à la femme des fonds pour faire le commerce, ou que celle-ci, sans capitaux à l'origine, soit parvenue avec ses gains et son crédit à fonder un établissement commercial.

Il est également inexact de dire que les bénéfices réalisés par la femme soient des fruits auxquels le mari puisse prétendre en vertu de son droit de jouissance sur tous les biens de sa femme. Sans doute, au point de vue économique, on peut considérer le travail comme un capital, mais en droit cette solution est inacceptable. L'art. 1833 C. c. nous en fournit la preuve, lorsqu'il nous dit que « chaque associé doit apporter dans la société ou de l'argent, ou d'autres biens, *ou son industrie* : » donc l'industrie elle-même n'est pas considérée comme un bien. J'ajoute que les bénéfices que la femme retire de son commerce ne présentent ni le caractère de continuité, ni le caractère de périodicité des revenus auxquels un usufruitier peut prétendre (1).

On objecte que les produits de l'industrie et de l'intelligence des époux tombent dans la communauté réduite aux acquêts et doivent être partagés avec les économies faites sur les fruits. Mais

(1) Cpr. Colmet de Santerre, VI, 200 bis II.

ce n'est pas à dire qu'il faille considérer ces produits comme des revenus ; car, s'il en était ainsi, il faudrait admettre que le capital, c'est-à-dire l'industrie, tombe dans l'actif d'une communauté ordinaire, et appartient par conséquent par moitié aux héritiers du conjoint prédécédé, ce qui est inadmissible.

Si les gains réalisés par la femme tombent toujours dans la communauté, c'est que toute communauté suppose que chacun des époux travaille non seulement pour lui, mais encore pour son conjoint, mettant tous ses efforts, toute son activité au service de l'association conjugale. Rien de semblable sous le régime exclusif de communauté, ou sous le régime dotal ; la femme n'est plus appelée à prendre sa part dans les bénéfices du mari ; et il serait inadmissible qu'après avoir consacré son temps et ses facultés au commerce, après avoir couru les chances de la faillite, elle eût uniquement travaillé à enrichir son mari sans aucune compensation pour elle-même. Aussi le président Boyer (1) disait-il, en parlant de la femme dotale : *« Si mulier esset chirurgica aut obstetrix sive ballia vel lanifica, tunc id quod adquisivit ex istis operibus, sibi et non viro dicitur adquisivisse ; quia, ut inquit*

(1) Décision 81.

*Baldus, mulier ad præceptum viri negotiari non tene-
tur..., nisi in obsequialibus et reverentialibus. »*

M. Duranton (1) a cru trouver un argument contre notre système dans le rapprochement de l'art. 1531 C. c. avec les art. 1498, 1527 C. c. Le mari n'est tenu, aux termes de l'art. 1531, de rendre à la femme, après la dissolution du mariage ou la séparation de biens, que le mobilier qu'elle a apporté en dot, ou celui qui lui est échu pendant le mariage ; or, il résulte de différents textes, et en particulier des art. 1498 et 1527, que les bénéfices réalisés dans le commerce ne sont pas compris, dans le mobilier futur, c'est donc que le mari garde ces bénéfices sans aucune obligation de restitution. Je réponds que, s'il importe effectivement de ne pas confondre, dans les cas prévus par les articles précités, les bénéfices réalisés dans le commerce avec le mobilier qui peut échoir aux époux à titre de succession ou de donation, ce n'est pas une raison pour que la même distinction doive être faite dans le cas de l'art. 1531.

Remarquons d'ailleurs qu'en nous parlant du mobilier qui *échoit* aux époux pendant le mariage, l'art. 1531 emploie précisément la même expres-

(1) Duranton, II, 480. Voy. également Zachariæ, III, p. 559.

sion que l'art. 1401 C. c. où elle a, de l'aveu de tous, un sens absolument général.

Le même auteur a prétendu que le mari, obligé de restituer intégralement la dot à la dissolution du mariage, devait, en conséquence, supporter seul les pertes et profiter seul des bénéfices. Pour décider autrement, il faudrait admettre que la dot pût être restituée en tout ou partie avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, contrairement à l'art. 1531.

Ici l'erreur se touche du doigt. M. Duranton confond en effet deux choses fort différentes : 1^o l'obligation imposée au mari de ne pas restituer la dot avant des époques déterminées ; 2^o le droit pour la femme de s'obliger valablement avec l'autorisation de son mari, droit qui peut entraîner pour elle la perte d'une partie de ses biens.

Nous tiendrons donc pour certain que, toutes les fois qu'il n'y a pas communauté entre les époux, les bénéfices réalisés par la femme ne sont jamais conservés par le mari, écartant ainsi la seule raison sérieuse que l'on pourrait faire valoir pour le déclarer personnellement obligé (1).

(1) En ce sens, Colmet de Santerre, VI, 200 *bis* II ; Demolombe, IV, 315, 316 ; Valette sur Proudhon, I, p. 460, 461, note a, III ; Toullier, XIV, 23 ; Pardessus, I, 68 ; *Contrà*, Troplong, III, 2271-2273 ; Marcadé sur l'art. 1532, n^o 2.

Mais, dira-t-on, si le mari ne peut pas garder les bénéfices réalisés par la femme, n'en a-t-il pas tout au moins la jouissance? L'affirmative n'est guère douteuse, si l'on suppose un régime exclusif de communauté. Le droit de jouissance du mari s'étend en effet à tout ce qui *échoit* à la femme; or, ce mot « échoit » a, nous l'avons dit, un sens très général. Je ne crois pas cependant que le mari puisse être tenu à rien de ce chef, car en autorisant sa femme à faire le commerce, il lui a par là même permis d'engager la pleine propriété de ses biens, il est juste qu'ayant chance de perdre, il ait aussi chance de gagner.

En ce qui concerne le régime dotal, et à supposer, bien entendu, que la femme ait stipulé dotaux tous ses biens présents et à venir, la même solution, en ce qui concerne les droits du mari, paraît bien devoir s'imposer. M. Demolombe cependant est d'un avis contraire. Sous le régime exclusif de communauté, la femme s'engage d'une façon générale à apporter les fruits de tout ce qui lui échoit pendant le mariage; au contraire, le régime dotal comprend, par sa nature même, des biens paraphernaux, et le mari n'a droit qu'aux fruits constitués; or, lors même que tous les biens présents et à venir ont été stipulés dotaux, il est impossible de considérer comme constitués les capitaux provenant d'un commerce entrepris par

la femme, le talent, l'intelligence étant choses absolument personnelles, et les profits qu'ils procurent ayant essentiellement un caractère paraphernal (1).

J'avoue qu'il m'est difficile de comprendre cette différence. S'il est de là nature du régime dotal de comporter des paraphernaux, cela n'est nullement de son essence ; or, en présence d'une stipulation de dotalité qui embrasse tous les biens présents et à venir, il est naturel de supposer que les parties ont entendu faire application de ce principe. Et qu'importe dès lors que la dotalité ne soit pas présumée, si l'intention des parties est certaine ? Le mari exercera donc son droit de jouissance sur les bénéfices réalisés par sa femme, exactement comme dans l'hypothèse d'exclusion de communauté.

Il faut reconnaître toutefois qu'avec l'inaliénabilité de la dot mobilière, ce dernier système pourra présenter de graves inconvénients pratiques. En effet, alors même que le mari ne serait point en droit de réclamer les bénéfices réalisés par la femme au fur à mesure qu'ils se produisent (2), il n'en est pas moins certain que

(1) En ce sens, Demolombe, IV, *loc. cit.*; voy. égalem. G. Massé, *le Droit comm.*, II, 1131 ; Toulouse, 2 août 1825, D. 26, 2, 22.

(2) Demolombe, IV, 317.

celle-ci n'est point tenue de laisser indéfiniment engagés dans son entreprise tous les capitaux qu'elle peut avoir amassés. Or, lorsque ces capitaux auront été retirés du commerce et versés entre les mains du mari, ils viendront grossir la dot, et seront désormais insaisissables comme tous les autres biens dotaux. De sorte que, si postérieurement la femme vient à faire de mauvaises affaires, elle conservera malgré tout, et au détriment de ses créanciers, ses premiers bénéfices.

D'un autre côté, le mari, qui profite des gains réalisés par la femme, ne court aucune chance de perte, puisqu'il est toujours assuré de conserver la jouissance des biens qui appartenaient à sa femme, cette jouissance ne pouvant être affectée, ainsi que nous l'avons vu, au paiement des obligations contractées par cette dernière. Pour échapper à cette injustice, il faudrait permettre aux créanciers de poursuivre le mari sur ses biens personnels dans les limites de l'enrichissement que lui procure son droit de jouissance, ce qui me paraît difficile, car en somme il n'est point personnellement tenu : *qui auctor est se non obligat*. D'ailleurs, c'est surtout la femme qui s'enrichit, c'est elle qui devrait surtout pouvoir être utilement poursuivie.

De tout ceci je conclus que, si la distinction

proposée par M. Demolombe ne peut guère être admise théoriquement, elle conduit, en fait, à des solutions pratiques beaucoup plus équitables.

CHAPITRE V

DE LA FEMME MANDATAIRE DE SON MARI

SECTION PREMIÈRE

La femme peut recevoir un mandat; différences entre la femme mandataire de son mari et la femme autorisée.

Si la femme mariée est, d'une façon générale, incapable de figurer sans autorisation dans un acte juridique, ceci n'est vrai qu'autant qu'elle intervient pour son propre compte; il n'est pas douteux, en effet, qu'elle puisse très valablement représenter une autre personne qui lui aurait donné mandat à cet effet. Mais, en acceptant cette mission la femme ne contracte aucune obligation personnelle, n'encourt aucune responsabilité envers le mandant (1).

Cette double proposition résulte, d'une part, de ce qu'il n'est besoin d'aucune capacité juridique à celui qui parle au nom d'un autre, dans un contrat,

(1) Voy. notamment Valette sur Proudhon, II, p. 462, note a.

et, d'autre part, de la prohibition faite à la femme de s'obliger sans autorisation par son fait personnel.

Ce droit de représenter autrui ne pouvant à aucun titre exercer une influence sur le patrimoine de la femme, j'avais jusqu'à présent omis de le signaler. Il faut reconnaître cependant qu'en fait il fournit à celle-ci l'occasion de figurer, sans autorisation, dans des actes parfaitement valables, et qu'à ce point de vue il se rattache directement à mon sujet.

Il peut se faire, et la loi le suppose (1), que la femme ait été appelée non plus par un tiers, mais par son mari lui-même, à le représenter. Il se forme alors entre les époux un véritable contrat de mandat. Lors en effet que la femme traite avec son mari, et à supposer, bien entendu, qu'il s'agisse d'un acte permis entre époux, il est clair qu'elle se trouve par là même relevée de son incapacité et parfaitement capable de s'obliger.

Le mandat peut ne comporter qu'une opération déterminée, et alors la nécessité pour la femme de recourir à son mari pour chacun des actes qu'elle prétend faire, subsiste sans modification. Mais les pouvoirs conférés à la femme seront souvent plus étendus (l'art. 1420 C. c. autorise

(1) Voy. art. 1420 C. c.

une procuration générale), et celle-ci aura alors qualité pour faire seule, et sans consulter préalablement son mari, toute une série d'actes valables. Et notons ici en passant qu'une procuration même spéciale, dans le sens de l'art. 1987 C. c., pourrait cependant très bien donner à la femme plus de latitude que ne lui en laisse l'art. 223 C. c. : en d'autres termes, un mandat peut être spécial alors qu'une autorisation, conçue dans les mêmes termes, serait entachée de généralité.

A ne considérer que ce pouvoir de faire des actes valables sans avis préalable du mari, il y a une analogie réelle entre la femme mandataire et la femme qui agirait en vertu d'une autorisation générale. Mais notons-le tout de suite, malgré cette apparente analogie, il existe entre les deux hypothèses une différence profonde. La femme mandataire agit non plus en son nom, mais en celui du mari qu'elle représente ; c'est lui qui est censé faire tous les actes qu'elle a mission d'accomplir, lui seul qui se trouve tenu des engagements pris en son nom ; et hors le cas où la femme, ayant accepté sa part dans la communauté dissoute, serait poursuivie pour moitié en sa qualité de commune, aucune action ne peut être donnée contre elle aux tiers avec lesquels elle a traité.

Et c'est précisément ce qui explique comment

un mandat général, dans le sens de l'art 223, est permis, alors qu'une autorisation donnée dans les mêmes termes est prohibée; car, dans le premier cas, c'est le mari qui agit et s'oblige par l'intermédiaire de sa femme, et il n'y a pas par conséquent de sa part abdication de l'autorité maritale.

L'art. 1420 C. c. suppose que la femme peut recevoir de son mari une procuration générale ou spéciale. Ce mot « procuration » semble bien viser l'hypothèse d'un mandat exprès, car il est pris généralement dans le sens de l'art. 1992 C. c., lequel suppose un mandat donné par écrit ou verbalement. Néanmoins la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître à la femme le droit de recevoir un mandat tacite de son mari (1). Donc, alors qu'il y a controverse sur le point de savoir si l'autorisation expresse peut être donnée autrement que par écrit, si l'autorisation tacite peut résulter d'une autre circonstance que du concours du mari dans l'acte, il est unanimement reconnu que le mandat émané du mari peut être soit écrit, soit verbal, soit même tacite.

(1) Voy. notamment Rodière et Pont, II, 792; Marcadé sur l'art. 1420, 1^o; Laurent, XXII, 105; Civ. cass., 12 janvier 1874, D. 1, 153; Req., 6 août 1878, D. 79, 1, 400. La tradition est en ce sens. Voy. les sources dans Rodière et Pont, *loc. cit.*; Marcadé, *loc. cit.*; Toullier, VI, 2, n^o 261.

Toutes ces différences entre l'autorisation et le mandat nous montrent combien il importe de les distinguer avec soin. Malheureusement cette distinction ne se trouve pas toujours faite soit par les arrêts, soit par les auteurs. Le plus souvent, il est vrai, la confusion n'est que dans les mots, parfois cependant il y a méconnaissance absolue des principes. Toullier (1) notamment, qui enseigne que le mandat tacite est abrogé par l'art. 1372 C. c., est forcément amené à admettre la possibilité générale d'une autorisation tacite, ce qui peut se soutenir, et ensuite à confondre le mandat avec l'autorisation, ce qui ne se soutient plus.

SECTION II

Ce que peut comprendre le mandat donné à la femme par le mari; à quelles règles il est soumis.

Un mandat ordinaire peut conférer au mandataire le pouvoir de faire les actes, quels qu'ils soient, que le mandant aurait eu qualité pour accomplir. Dans le silence des textes, nous sommes tout naturellement conduits à faire ici application de ce principe.

(1) Voy. Toullier, VI, 2, nos 263 et 267.

Point de difficulté s'il s'agit d'actes qui intéressent le patrimoine propre du mari. Il est bien certain que celui-ci, maître de disposer comme il l'entend de ses biens personnels, peut se substituer qui bon lui semble pour le représenter, et déléguer à ce représentant tous les pouvoirs qu'il juge convenable.

La question serait un peu plus délicate s'il s'agissait de confier à la femme les intérêts de la communauté. On pourrait objecter que le mari, chef de la communauté, n'a pas pu se décharger sur sa femme de la gestion qui lui incombe. Mais cette objection ne doit pas nous arrêter. Le mari, a la libre disposition des biens communs ; il n'encourt aucune responsabilité à raison de l'usage qu'il a pu faire de ses droits, rien ne l'empêche donc d'en confier l'exercice au mandataire de son choix. Il est vrai que la loi refuse à la femme toute participation aux affaires de la communauté, mais dans l'espèce elle ne prétend pas s'emparer d'une direction dont elle est exclue, puisqu'elle agit au nom du mari et dans les limites qu'il plaît à celui-ci de lui tracer. Ajoutons que, les pouvoirs de ce dernier sur les biens de la communauté ne comprenant que les actes à titre onéreux, le mandat conféré à la femme, quelque étendu qu'il puisse être, ne lui donnerait jamais qualité à l'effet de disposer gratuitement de ces biens.

Le mari pourrait-il déléguer à sa femme les pouvoirs d'administration que leurs conventions matrimoniales lui avaient attribués sur les biens de celle-ci ? L'affirmative n'est pas douteuse, car le mari ne fait ici que disposer de ce qui lui appartient. Bien plus, la femme ne pourrait jamais, pendant toute la durée du mariage, ou tout au moins tant qu'elle n'aurait pas obtenu une séparation de biens, administrer sa fortune à un titre différent, toute *autorisation* qui lui serait donnée à cet effet ne pouvant avoir pour résultat de l'habiliter à exercer *comme siens* des droits qui ont cessé de l'être. J'ai déjà eu l'occasion de m'expliquer sur ce point à propos de l'art. 223 C. c. (1).

Il arrive souvent que le mari donne à sa femme, à titre d'autorisation, le pouvoir de faire une certaine catégorie d'actes et notamment des actes d'administration. Si ces pouvoirs se réfèrent à des biens appartenant au mari ou à la communauté, il est bien certain que la faculté accordée à la femme a été faussement qualifiée d'autorisation, et que, dans l'espèce, il ne peut s'agir que d'un mandat parfaitement valable, quoiqu'il ne remplisse pas la condition de spécialité exigée pour l'autorisation. Il y aurait lieu, en pareil cas,

(1) Voy. *suprà*, p. 289.

d'appliquer ce principe, qu'il faut toujours chercher à interpréter les conventions des parties de manière à ce qu'elles puissent produire quelque effet. Même solution, s'il s'agissait de conférer à la femme, sur ses propres biens, des pouvoirs d'administration qui, aux termes du contrat de mariage, sont attribués au mari; ici encore il conviendrait de voir un mandat et non pas une autorisation. Mais, en dehors de ces hypothèses, il faudrait appliquer la règle de l'art. 223, et toute autorisation qui tendrait à permettre à la femme de faire, seule, relativement à ses propres biens des actes que le mari n'aurait pas pu faire lui-même, devrait être annulée si elle était entachée de généralité (1).

On s'est demandé s'il convenait de traiter la femme mandataire de son mari comme un mandataire ordinaire, au point de vue de la responsabilité.

En droit, il n'est guère possible d'admettre une distinction. L'art. 1420 C. c., le seul qui s'occupe de la question, ne contient en effet aucune règle particulière.

Cependant il faut bien reconnaître que la femme n'est pas vis-à-vis du mari dans une situation aussi indépendante que le serait un étranger, et

(1) Voy. Demolombe, IV, 204, 205, 206.

que, si, en droit, elle est toujours libre de refuser le mandat qui lui est offert, en fait, elle ne pourra souvent faire autrement que de l'accepter. On peut ajouter qu'obliger la femme à rendre un compte détaillé, accompagné de pièces justificatives, serait contraire à la confiance naturelle qui doit régner entre les époux et aux égards qu'ils se doivent mutuellement (1).

Aussi, certains auteurs admettent-ils que la femme ne doit être, en pareil cas, tenue que de son dol (2). Et un arrêt de la cour d'Aix (3) a été jusqu'à déclarer qu'elle devait être dispensée de rendre compte de sa gestion. Je le répète, je crois plus juridique de ne formuler aucune règle spéciale, sauf au juge à user du pouvoir à peu près discrétionnaire que lui confère l'art. 1992 C. c. (4).

On peut se demander si, dans l'hypothèse où le mandat serait relatif à l'administration des biens personnels de la femme, il est encore possible de la déclarer responsable à un degré quelconque. Il est bien certain que le mari administrateur des biens de sa femme ne peut pas, par le mandat qu'il lui confère, se décharger de la responsabi-

(1) Cpr. Bordeaux, 14 juin 1853, D. 54, 2, 39.

(2) En ce sens, Rodière et Pont, II, 791 ; Aubry et Rau, VI, p. 331, texte et note 20, § 509.

(3) Voy. Aix, 15 janvier 1838, Dalloz au mot *Cont. de mar.*, n° 160-6°.

(4) En ce sens, Laurent, XXII, 102 et 103.

lité qui lui incombe ; ce serait lui permettre de se soustraire aux conséquences du contrat de mariage, par lequel il se trouve irrévocablement lié. Et c'est effectivement ce qu'a reconnu la Cour de cassation (1), dans un arrêt du 8 février 1853. Mais est-ce à dire que la femme n'encourra, en sa qualité de mandataire, aucune responsabilité ? L'arrêt précité est muet sur ce point, et on pourrait argumenter de ce silence pour répondre affirmativement. Je n'admets pas cette solution. Je ne vois pas pourquoi le mari, responsable comme administrateur, ne pourrait pas se retourner contre sa femme responsable à son tour comme mandataire, sauf à reconnaître qu'en fait les circonstances seront souvent telles, que la femme devra être déchargée de toute responsabilité, et le mari, qui, ordinairement, connaît mieux les affaires que la femme, déclaré seul responsable (2).

Le mari est évidemment maître (3) de révoquer, lorsqu'il le juge convenable, le mandat par lui donné. Et il en serait ainsi alors même qu'il serait relaté dans le contrat de mariage, car il est de l'essence du mandat d'être révocable. Cependant

(1) Voy. Rej., 8 février 1853, D. 53, 1, 33.

(2) Cpr. Laurent, XXII, 104 et XVI, 224. Voy. égalem. Rej., 25 novembre 1868, D. 69, 1, 148.

(3) Voy. Rodière et Pont, 1, 72.

MM. Rodière et Pont (1) distinguent à cet égard, suivant que l'intention des parties était d'attribuer à ce mandat un caractère provisoire ou au contraire un caractère définitif. Dans ce dernier cas, le mandat serait irrévocable comme formant la condition d'un contrat irrévocable de sa nature. Ils invoquent à l'appui de leur opinion un passage de Dumoulin : « *Mandatum dependens a contractu irrevocabili non potest morte nec alio casu revocari, nec est proprie mandatum sed compactum.* » Il me semble que les savants auteurs font ici une confusion. Sans doute, les pouvoirs conférés à la femme et envisagés par les parties comme une des conditions de leur contrat de mariage seront irrévocables, mais, en pareil cas, ces pouvoirs ne résultent plus d'un mandat, ils constituent un des éléments du régime adopté par les époux, et la femme les exercera, non pas comme mandataire, mais parce qu'elle est demeurée capable à cet effet, ce qui est bien différent. Comme le dit fort justement Dumoulin, « *non est proprie mandatum, sed compactum.* »

(1) Extricat., III, *labyrinth. sexdecim legum*, t. IV, p. 711, n° 117.

SECTION III

Dépenses relatives à l'entretien du ménage.

Tous les jours la femme passe des marchés pour l'entretien du ménage, pour son entretien personnel ou pour celui de ses enfants.

Disons-nous que les obligations ainsi contractées sont frappées de nullité ? Il faudrait répondre affirmativement, si les engagements ainsi pris par la femme devaient l'obliger personnellement, car son incapacité est générale, et la loi, quel que soit d'ailleurs le régime adopté, ne fait aucune exception pour l'hypothèse qui nous occupe. Mais il est évident qu'une pareille solution serait inacceptable ; il est nécessaire que la femme puisse faire seule ces dépenses de tous les jours, de tous les instants, que nécessitent les besoins du ménage, sans être obligée de recourir à son mari, qui, retenu au dehors par ses occupations, ne pourrait le plus souvent donner son autorisation en temps utile, ou agir par lui-même. Aussi la doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont-elles d'accord pour reconnaître à la femme, en pareil cas, le pouvoir de contracter valablement pour le

(1) Voy. notamment Aubry et Rau, V, p. 340, note 49 ; Colmet de Santerre, VI, 63 *bis* III.

(2) Cpr. les arrêts cités au cours de cette section.

compte du mari, lequel est *censé lui avoir donné mandat à cet effet*.

Cette solution, conforme d'ailleurs à la tradition, se justifie très naturellement et me paraît en tout point d'accord avec les principes. Le mari, chef de l'association conjugale, qui reçoit de la femme la dot destinée à subvenir aux dépenses du ménage, est tenu, selon ses facultés et son état, de nourrir, entretenir et élever les enfants communs, et de fournir à sa femme à laquelle il doit secours et assistance tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie. Cette seule considération, toute question de capacité mise à part, suffirait à démontrer que c'est lui seul qui doit être obligé. Dès lors rien de plus naturel que de supposer le mari donnant tacitement à sa femme mandat de contracter à sa place. Celle-ci, de son côté, est nécessairement présumée accepter ce mandat, car en s'engageant dans les liens du mariage, elle n'ignore pas que son premier devoir est de veiller au bon entretien du ménage (1).

Il va de soi que le tiers qui aurait payé les dépenses ainsi faites ou avancé à la femme des fonds pour les acquitter, aurait action contre le mari (2). Il est également hors de doute que la femme pour-

(1) Voy. Laurent, XXII, 105; Rodière et Pont, II, 792; Marcadé sur l'art. 1420, n° 1.

(2) Voy. Aubry et Rau, *loc. cit.*

rait très valablement, en pareil cas, signer des reconnaissances (1).

J'ai dit que la jurisprudence admettait sans difficulté l'existence d'un mandat tacite dans les circonstances que je viens d'exposer. Il faut reconnaître cependant qu'un certain nombre d'arrêts font une confusion regrettable entre le mandat et l'autorisation. Souvent cette confusion n'est que dans les mots (2), parfois cependant elle porte sur l'application même des principes.

Je signalerai notamment comme entaché d'une erreur de ce genre un arrêt de rejet (3) du 7 novembre 1820. Il s'agissait dans l'espèce de la validité d'un billet souscrit en octobre 1792 par la duchesse de Choiseul-Stainville, dans lequel elle se reconnaissait débitrice d'une somme de 41,671 f. envers une dame Bastin, marchande de modes. La cour de Paris avait condamné la duchesse à payer. Pourvoi en cassation pour violation de la coutume de Paris qui ne permettait pas à la femme de s'obliger sans autorisation. Ce moyen est écarté par la Cour suprême, par ce motif que, dans le dernier état de l'ancien droit, la femme avait été

(1) Voy. Paris, 25 février 1826; Rennes, 26 août 1820, dans Dalloz au mot *Cont. de mar.*, n° 1014.

(2) Cpr. Douai, 14 décembre 1833, D. 47, 2, 59; Alger, 19 mars 1874, D. 75, 2, 59.

(3) Voy. Dalloz au mot *Cont. de mar.*, n° 1006.

reconnue par la jurisprudence capable de s'obliger pour tout ce qui était relatif à son entretien et à l'entretien de sa maison. Il y a là une confusion complète. Il ne s'agit pas ici d'une question de capacité, mais d'une question de mandat ; or, la femme mandataire ne contracte aucune obligation personnelle ; le mari seul se trouve obligé. C'est ce qu'a très bien jugé la cour de Poitiers par un arrêt en date du 17 juin 1862 (1).

Quant à l'étendue du mandat, elle est essentiellement variable. Il faut, dans chaque espèce particulière, tenir compte de la condition et de la situation pécuniaire du mari ; car il est impossible de supposer qu'il ait entendu donner mandat de faire des dépenses qui seraient relativement exagérées (2).

Le Code ne contient d'ailleurs aucune énumération des actes qui peuvent être considérés comme rentrant dans ce mandat. Le président Lamoignon, dans son projet d'arrêtés, avait donné la formule suivante : « Obligation de la femme faite sans l'autorité du mari de victuailles et provisions ordinaires de la maison, pour marchandises de drap, linge et autres étoffes servant à

(1) D. 64, 2, 22.

(2) Cpr. Rodière et Pont, II, 795 ; Colmet de Santerre ; VI, 63 *bis* III ; Poitiers, 17 juin 1862, D. 64, 2, 22. Cpr. également l'arrêt de la cour d'Alger précité.

l'usage nécessaire et ordinaire, est valable. » J'estime que le législateur a bien fait de ne pas s'expliquer sur ce point, qui doit être abandonné à l'appréciation des tribunaux. La Cour de cassation a d'ailleurs été plus loin que le président Lamoignon, elle a admis notamment le mandat tacite pour achat de meubles et pour toutes les dépenses ordinaires (1). On a même été jusqu'à juger que la location d'un appartement pouvait, dans certains cas, être considérée comme rentrant dans les pouvoirs d'administration domestique de la femme (2).

Le mandat tacite ne peut plus se présumer lorsque les époux vivent séparés de fait. Est-ce à dire que la femme ne pourra plus traiter pour toutes les dépenses relatives à son entretien et à celui de ses enfants? Evidemment ce n'est pas admissible. Comment donc sortir d'embarras? Par un raisonnement très simple. C'est toujours le mari qui doit supporter seul, tant que dure le mariage, le fardeau de ces dépenses d'entretien; par conséquent, les créanciers qui traitent avec la femme font l'affaire du mari, en ce sens que ce qu'ils fournissent est à la charge de ce dernier;

(1) Voy. notamment Rej., 5 frimaire an XIV, Dalloz au mot *Mariage*, n° 807.

(2) Voy. Bordeaux, 29 mars 1838, S. 38, 2, 389. Cpr. Troplong, *Du louage*, I, 149; Demolombe, IV, 170.

nous devons donc leur accorder contre lui une action directe *de in rem verso* (1). Bien entendu, les créanciers seraient sans action, si le mari avait pourvu aux besoins de la femme en lui servant une pension raisonnable et en harmonie avec sa position, car, en pareil cas, ils n'ont point fait l'affaire du mari (2). Ils n'ont d'ailleurs qu'à s'en prendre à eux de ne point s'être mieux informés de la condition de la femme avec laquelle ils ont traité. « *Nemo censetur ignorare conditionem ejus cum quo contrahit.* »

Comme tout mandat, le mandat tacite peut être révoqué. En fait cependant la révocation ne sera pas toujours facile, car elle ne peut avoir effet qu'à la condition d'être connue des tiers, et la femme ne manquera pas de s'adresser à de nouveaux fournisseurs à la connaissance desquels la révocation du mandat n'aura point été portée. En pareil cas, le meilleur procédé sera l'insertion dans les journaux. Au reste, les créanciers pourront toujours alléguer, conformément à l'article 2005 C. c., qu'ils étaient dans l'ignorance de la révocation, et le mari se trouvera alors dans la nécessité de faire la preuve contraire (3).

(1) Voy. Besançon, 25 juillet 1866, D. 66, 2, 149 ; Cass., 12 janvier 1874, D. 74, 1, 154. Cpr. Laurent.

(2) Cpr. les arrêts cités à la note précédente.

(3) En ce sens, Rodière et Pont, II, 796 ; Laurent, XXII, 111.

Notons d'ailleurs que les tiers qui, l'en qu'avertis de la révocation, auront néanmoins traité avec la femme, pourraient toujours diriger contre le mari une action *de in rem verso*, si celui-ci n'avait pas suffisamment pourvu aux besoins de la famille (1).

Je termine par une dernière observation. Il est parfaitement possible de concevoir des cas de mandat tacite en dehors de l'hypothèse où nous nous sommes placés. En veut-on un exemple? Une femme dont le mari est marchand et ne sait pas écrire, rédige et signe tous les actes; il est évident qu'elle agit alors en qualité de mandataire générale, quoiqu'elle n'ait reçu cependant aucune procuration écrite ou verbale (2). Si j'ai consacré cette section aux dépenses du ménage, c'est parce qu'elles donnent naissance à un cas de mandat tacite que l'on rencontre à chaque instant dans la pratique, et qui mérite à ce titre une attention toute particulière.

(1) Voy. Laurent, *loc. cit.*; Aubry et Rau, V, 341, texte et note 58, § 509.

(2) Voy. Laurent, XXII, 112; Angers, 27 février 1819, Dalloz au mot *Cont. de mar.*, n° 1021.

CHAPITRE VI

DE CERTAINES CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES DE
NATURE A MODIFIER L'ÉTENDUE DES POUVOIRS DE
LA FEMME

SECTION PREMIÈRE

Incapacité du mari.

La circonstance que le mari se trouve frappé d'incapacité ne soustrait pas la femme à la nécessité de l'autorisation ; les art. 222 et 224 C. c. disposent, en effet, que la femme dont le mari est interdit ou mineur doit se faire autoriser par le juge, « soit pour ester en jugement, soit pour contracter. »

Cette règle est vraie à tous égards et ne souffre aucune difficulté, en ce qui concerne la minorité du mari ; mais quelques observations me paraissent nécessaires pour le cas d'interdiction.

Et d'abord, s'il est vrai que le mari quoique mineur, exerce la puissance paternelle dans toute son étendue, il en est autrement lorsqu'un jugement d'interdiction a été prononcé contre lui ; la

mère, dans ce dernier cas, le remplace dans le gouvernement de la famille; et, à ce point de vue, tout au moins, l'interdiction du mari augmente singulièrement l'étendue des pouvoirs de la femme.

On s'est demandé si, dans notre hypothèse, il ne convenait pas de reconnaître à la mère, qui se trouve ainsi substituée au père dans l'exercice de la puissance paternelle, le droit de faire détenir son enfant par voie d'autorité. On a prétendu qu'agissant au lieu et place du mari dont elle n'est en quelque sorte que le mandataire, la femme devait avoir la même liberté d'action.

Cette solution est, à mon sens, absolument inadmissible en présence de l'art. 381 C. c., qui prouve à l'évidence que le vœu du législateur est que la femme ne puisse jamais exercer le droit de correction que par voie de réquisition (1). J'ajoute que le point de vue auquel se sont placés nos adversaires n'est peut-être pas bien exact, tout au moins est-il fort contestable. La puissance paternelle appartient en effet conjointement à chacun des deux époux, et c'est la présence du père vivant et capable qui seule met obstacle à ce que la mère puisse faire usage de ses droits. Il con-

(1) Demolombe, VI, 348; Valette sur Proudhon, I, p. 306, note a.

vient donc, ce me semble, de considérer l'interdiction du mari comme fournissant à la femme l'occasion d'exercer des droits qui lui sont propres, et non point de remplir un mandat.

J'ajoute tout de suite que mon observation n'est plausible qu'autant qu'il s'agit pour la femme d'exercer des droits sur la *personne* des enfants communs; en ce qui concerne leurs biens, il est difficile de ne pas considérer la mère qui les administre comme représentant son mari; car le droit d'administration légale qui ne passe point à la mère survivante, paraît bien exclusivement réservé au père. Mandataire de son mari, la femme doit évidemment compte à celui-ci des bénéfices qu'elle a perçus, ce qui est conforme d'ailleurs à l'art. 384 C. c., qui ne mentionne que le père comme ayant droit à la jouissance légale pendant le mariage.

On s'est demandé si, dans l'hypothèse où la femme aurait été nommée tutrice de son mari interdit, il ne conviendrait pas de reconnaître à celle-ci qualité pour administrer ses biens personnels sans autorisation. Il me paraît certain que la femme, ayant reçu mandat à l'effet de représenter son mari dans l'exercice de ses droits, doit pouvoir, à ce titre, administrer ses biens personnels, lorsque le contrat de mariage en réservait l'administration au mari.

Il ne saurait d'ailleurs être question pour la femme d'administrer *en son nom* des biens dont le mari s'était réservé l'administration et la jouissance, sans porter atteinte à l'irrévocabilité des conventions matrimoniales.

Encore moins pourrait-on accorder à la femme de l'interdit, séparée de biens judiciairement ou par contrat, le pouvoir de faire seule des actes qui excéderaient les limites de sa capacité, comme, par exemple, défendre dans un procès, sous prétexte que ces mêmes actes ne nécessiteraient ni autorisation du conseil de famille, ni homologation du tribunal, lorsqu'elle voudrait les accomplir en qualité de tutrice. Une pareille solution violerait ouvertement l'art. 222 C. c. (1).

La femme dont le mari a été condamné à une peine afflictive ou infamante est dispensée de recourir à son mari ; mais ses pouvoirs ne sont pas augmentés, car elle se trouve soumise, comme dans l'hypothèse de minorité ou d'interdiction du mari, à l'autorisation de justice (2).

(1) En ce sens, Demolombe, IV, 227 ; Laurent, III, 431. *Contra*, Duranton, III, 754.

(2) Art. 221 C. c.

SECTION II

Absence du mari.

L'absence du mari investi de la puissance paternelle et chef de l'association conjugale ne peut pas manquer d'exercer une double influence sur l'étendue des pouvoirs de la femme.

En ce qui touche l'exercice de la puissance paternelle, l'art. 141 C. c. dispose que, « si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance et exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. »

Ainsi, pour ne m'occuper d'abord que des droits sur la personne, la femme se trouve investie, par suite de la disparition du mari, des droits d'éducation, de garde et de correction. Et à propos de ce dernier droit, je répéterai ici ce que j'ai déjà dit pour le cas d'interdiction (1), à savoir, que la femme, bien qu'elle nous soit présentée comme exerçant tous les droits du mari, ne

(1) Voy. la sect. précédente.

pourrait pas faire détenir ses enfants par voie d'autorité.

Le droit de consentir au mariage des enfants communs ne me paraît pas résulter pour la mère de l'art. 141, lequel ne s'occupe que de la surveillance des enfants et de l'administration de leurs biens; mais ce droit pourrait lui être attribué en vertu de l'art. 149 C. c., qui déclare suffisant le consentement de l'un des conjoints lorsque l'autre est dans l'impossibilité de manifester sa volonté (1). Comment se fera la preuve de cette impossibilité? faudra-t-il suivre les règles tracées par l'art. 155 C. c., relatif aux actes respectueux? Assurément, s'il y avait eu un jugement déclarant l'absence, il suffirait, comme l'indique l'art. 155, de rapporter ce jugement. Mais s'il y avait simplement présomption d'absence, le plus sûr serait alors de s'adresser aux tribunaux, conformément à l'art. 112 C. c., à l'effet de faire déclarer l'art. 149 applicable. On comprend, en effet, que le législateur ait pu se montrer plus facile en matière d'actes respectueux qu'en matière de consentement au mariage (2).

(1) Demolombe, II, 313.

(2) Cpr. avis conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII; Valette sur Proudhon, I, p. 306, note a; Villequez, *Rev. histor. de droit franç. et étr.*, 1856, p. 235-236

La femme dont le mari a disparu pourrait-elle émanciper les enfants communs ? Ici encore, je répondrai que ce droit ne me paraît pas résulter pour elle de l'art. 141. On comprend d'ailleurs très bien que la seule disparition du père ne suffise pas à investir la femme d'un droit qui entraînerait l'extinction de la jouissance légale (1). Mais à défaut de l'art. 141, la femme ne pourrait-elle pas invoquer l'art. 477, lequel accorde le droit d'émancipation à la mère *à défaut du père* ? La question est controversée. Je crois, pour ma part, l'affirmative bien fondée ; l'art. 2 C. com., qui permet à la mère d'autoriser le mineur émancipé à faire le commerce *en cas de décès, interdiction ou absence du père*, nous indique, en effet, très clairement comment il convient de traduire les mots « à défaut du père, » employés par l'art. 477. Et si cette traduction de l'art. 477 est véritablement exacte, le droit d'émancipation doit appartenir à la mère, lors même que l'enfant serait mineur de dix-huit ans ; il ne nous appartient pas en effet de faire des distinctions là où la loi n'en fait aucune (2).

(1) Cpr. Demolombe, II, 316.

(2) En ce sens, Demolombe, II, 210 ; Aubry et Rau, I, p. 541, § 129. M. Valette, après avoir enseigné que le droit d'émancipation ne passe à la mère qu'après la mort du père (voy. Valette sur Proudhon, II, p. 425), s'est rallié à

En ce qui concerne l'administration des biens des enfants communs, l'art. 141 attribue à la mère les pouvoirs dont le père administrateur légal se trouvait investi. Et il n'est point douteux que la femme puisse, à cette occasion, faire seule tous les actes d'administration, puisque, d'une part, elle se trouve investie des pouvoirs du mari qui aurait eu certainement qualité pour agir dans ces limites, et que, d'un autre côté, elle n'est jamais incapable de faire des actes de cette nature pour son compte personnel (1).

J'ajoute qu'en accordant à la mère les droits d'administration dont le père se trouvait investi, la loi nous montre clairement qu'il n'y a pas lieu à l'ouverture d'une tutelle provisoire. Et ce point est en effet unanimement reconnu tant que l'absence n'a point encore été déclarée. Mais, c'est une question fort débattue que de savoir si l'art. 141 est encore applicable même après la déclaration d'absence.

cette opinion, dans son *Explic. somm.*, p. 305 et suiv. M. Marcadé, sur l'art. 477, admet que la mère ne peut émanciper que ses enfants majeurs de 18 ans. Quant à M. Duranton, III, 655, il reconnaît bien à la mère, dans tous les cas, le droit d'émancipation, mais selon lui l'émancipation ainsi accordée n'éteint jamais l'usufruit du père.

(1) En ce sens, Demolombe, II, 317. Cpr. Proudhon, I, p. 309 et 310.

M. Laurent (1) soutient énergiquement l'affirmative qu'il considère comme imposée par les textes : par l'art. 141 tout le premier, qui ne limite pas l'administration de la mère à la simple présomption d'absence, et ensuite par l'art. 390 C. c., qui, rapproché de l'art. 389, paraît bien n'autoriser l'ouverture de la tutelle qu'après le décès de l'un des époux. Or, dans l'espèce, ce décès est incertain. Et on ne pourrait pas même alléguer qu'il y a présomption en ce sens; la preuve qu'il n'en est pas ainsi, c'est que la loi organise l'administration des biens de l'absent dans l'intérêt de ce dernier. M. Laurent fait enfin remarquer qu'il n'est pas vrai de dire qu'après l'absence déclarée, le législateur entend qu'il soit fait provisoirement tout ce que l'on ferait définitivement si la mort de l'absent était certaine; le contraire résulte manifestement du droit accordé au conjoint présent d'opter pour la continuation de la communauté.

Moins absolus que M. Laurent, certains auteurs ont proposé de faire une distinction, suivant que la femme aurait ou non opté pour la continuation de la communauté. Dans cette dernière hypothèse, mais dans cette hypothèse seulement, ces

(1) II, 220.

auteurs se montrent opposés à l'ouverture provisoire de la tutelle (1).

Jé n'adopte ni l'une ni l'autre de ces deux opinions. La seconde, qui paraît au premier abord fort séduisante, a un vice essentiel, c'est de distinguer là où la loi ne distingue pas.

D'ailleurs, si le besoin d'une tutelle provisoire se fait d'autant plus sentir que les enfants se trouvent envoyés en possession des biens de l'absent, il n'en est pas moins vrai que, lors même que leur mère opte pour la continuation de la communauté, ils ont dès à présent des droits éventuels qu'il importe de protéger. J'ajoute qu'ils peuvent avoir, indépendamment de leurs droits à la succession paternelle, des biens personnels et qu'il conviendrait de tenir compte de cette circonstance tout autant que de l'option de la femme (2). Le premier système me paraît donc seul défendable. Malheureusement, il est loin d'être aussi conforme aux textes que M. Laurent le prétend, et je considère, au contraire, l'opinion qui déclare la tutelle ouverte, dans tous les cas, par la déclaration d'absence, comme étant beaucoup plus en harmonie avec les dispositions du Code.

(1) Duranton, I, 518; Demante, *Encyclop.*, I, 147, note 1.

(2) Cpr. Marcadé sur l'art. 143, n° 5.

Il me paraît certain en effet que l'art. 141 et les deux articles suivants, qui forment à eux trois le chapitre IV du titre de l'Absence, se réfèrent tous à la simple présomption d'absence. Ceci résulte d'abord de la rubrique sous laquelle ils sont placés, et qui est intitulée : « De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu ; » or, pour quiconque désire s'attacher à la lettre de la loi, il me semble que le mot disparu ne comporte pas l'hypothèse d'une déclaration d'absence ; s'il en était autrement, le législateur aurait dû, pour parler un langage juridique correct, se servir du mot *absent*. J'ajoute que les trois articles du chapitre en question, et l'art. 141 en particulier, répètent à l'envi les mots *disparu*, *disparition*. Mais, il y a plus. L'art. 142 dispose que « six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, la surveillance des enfants sera déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches, et à leur défaut à un tuteur provisoire. » N'est-il pas évident dès lors que l'art. 142 se préoccupe exclusivement de l'hypothèse où l'absence n'aurait pas encore été déclarée, et ne sommes-nous pas en droit de dire que l'art. 141, placé sous la même rubrique, rubrique significative, nous l'avons vu, ne doit pas avoir une portée plus

étendue ? Quant à l'argument tiré de l'art. 390, il est facile d'y répondre en faisant observer que cet article a simplement prévu l'hypothèse de l'ouverture définitive de la tutelle.

Si ce dernier système, loin d'être en opposition avec les textes, trouve au contraire en eux un solide point d'appui, il a sur le premier l'incontestable avantage d'être plus favorable à l'intérêt des enfants. Il est en effet désirable et, j'ajoute conforme au vœu du législateur, d'assurer à ceux-ci, toutes les fois qu'ils ne sont plus entourés de leurs deux protecteurs naturels, le droit aux garanties de la tutelle (1).

L'absence du mari n'a jamais pour résultat de relever la femme de son incapacité ; l'art. 222 C. c. nous dit en effet que, si le mari est absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

Est-ce à dire cependant que, si les époux se trouvaient mariés sous un régime attribuant au mari l'administration des biens de la femme, celle-ci n'aurait point qualité pour administrer sa fortune personnelle ? Le contraire me paraît résulter très manifestement, pour le cas d'absence

(1) En ce sens, Demolombe, II, 336 ; Aubry et Rau, I, p. 639, texte et note 8, § 160.

déclarée tout au moins, de l'art. 124 C. c., qui, en autorisant l'époux présent qui opte pour la continuation de la communauté à prendre ou à conserver l'administration des biens de l'absent, nous donne à entendre que la femme doit avoir à bien plus forte raison qualité pour administrer ses propres biens. Et s'il y avait simplement présomption d'absence, le tribunal saisi d'une demande de la femme, réclamant l'application de l'art. 112 C. c., pourrait très bien, et c'est le parti qu'il prendra le plus souvent en pareil cas, lui confier l'administration de sa fortune (1).

La femme, ainsi placée par les circonstances à la tête de ses biens, pourra évidemment et sans autorisation préalable prendre toutes les mesures qui n'excéderont par les limites des pouvoirs d'administration dont elle se trouve investie. Des actes de ce genre, soit à raison de leur multiplicité, soit aussi souvent à cause de la célérité qu'ils réclament, n'admettraient point une pareille entrave (2).

Mais convient-il de considérer, dans l'espèce, la femme comme agissant au lieu et place de son mari, dont elle serait le mandataire? Evidem-

(1) Consultez, sur ce dernier point, Demolombe, II, 272.

(2) Voy. Laurent, II, 209.

ment, dira-t-on, car décider autrement, serait contraire à l'art. 222, qui laisse subsister comme par le passé l'*incapacité* de la femme.

A mon sens, l'art. 222 est étranger à la question, car, ainsi que je l'ai déjà dit, je crois la femme mariée toujours *capable* de faire des actes d'administration.

Il me semble dès lors que, s'il convient de refuser à la femme le droit d'exercer, autrement que comme représentant son mari, des pouvoirs qui, aux termes du contrat de mariage, étaient attribués à ce dernier, en revanche, lorsque l'association conjugale se trouve dissoute, au moins provisoirement, par la déclaration d'absence, il est naturel de considérer la femme qui administre ses biens personnels comme usant d'un droit qui lui a fait retour ; il n'y a là, à mes yeux, aucune atteinte au principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales. Je crois donc qu'une fois l'absence déclarée, et sauf le cas où la femme commune en biens aurait opté pour la continuation de la communauté, les obligations par elle contractées à l'occasion de l'administration de ses biens donneraient action contre elle et non contre le mari.

La femme qui a opté pour la continuation de la communauté, a pouvoir à l'effet d'administrer les biens communs et les biens du mari ; et il est

bien certain qu'alors elle ne peut jamais jouer que le rôle de mandataire. A ce sujet on s'est demandé si la femme mandataire de son mari ne pourrait point, en cette qualité, faire sans autorisation non seulement des actes d'administration, mais encore exercer tous les pouvoirs qui appartenaient à l'absent. La négative résulte très certainement de l'art. 1427 C. c., qui défend à la femme de disposer des biens de la communauté en l'absence du mari pour l'établissement de ses enfants, sans y avoir été autorisée par justice. On peut induire avec certitude de cet article que, si les actes de disposition demeurent interdits à la femme, dans une hypothèse aussi favorable, c'est qu'il doit toujours en être ainsi (1). Cette solution est d'ailleurs confirmée par les travaux préparatoires (2).

On a soutenu que la femme de l'absent n'avait plus besoin d'autorisation de justice pour ester en jugement ou pour contracter, après l'envoi en possession définitif. Cette opinion, en présence de la disposition si générale de l'art. 222, ne pouvait pas prévaloir, et je ne sache pas qu'elle ait jamais rencontré de nombreux partisans. Ce qui

(1) Voy. Laurent, II, 209; Duranton, I, 459; Bourges, 13 février 1830, D. 31, 2, 78; Orléans, 22 novembre 1850, S. 51, 2, 553.

(2) Voy. Locré, *Lég. civ.*, II, p. 257, n° 25.

est vrai toutefois, c'est que, si la femme avait contracté en prenant la qualité de veuve, elle ne pourrait obtenir la nullité de l'acte passé par elle, qu'à la condition de prouver l'existence de son mari à l'époque de la passation de l'acte (1).

SECTION III

Séparation de corps.

La séparation de corps, ainsi que le mot l'indique, met fin à la vie commune ; de plus elle emporte avec elle séparation de biens. J'estime avec M. Laurent (2) que ce sont là les seuls effets de la séparation.

Cette solution n'est point généralement admise ; la jurisprudence et de nombreux auteurs (3) étendent en effet à la séparation de corps certaines dispositions du titre du Divorce. C'est surtout à propos de l'art. 302 C. c. que s'est élevée la controverse : les six articles du Code civil où il est traité de la séparation de corps étant muets

(1) Voy. Aubry et Rau, I, p. 635, § 159 ; Demolombe, II, 267 ; Civ. rej., 30 août 1826, S. 27, 1, 157. *Contrà*, Dijon, 1^{er} juin 1854, S. 54, 2, 504.

(2) III, 344.

(3) Voy. notamment Marcadé, sur l'art. 311, n° 4 ; Demolombe, IV, 511.

en ce qui concerne les enfants, on s'est demandé s'il ne convenait pas d'appliquer par analogie les prescriptions édictées par la loi pour le cas de divorce. J'aurai tout à l'heure à revenir sur cette question ; je dis tout de suite qu'à mon sens, il n'est point exact juridiquement d'étendre à la séparation des articles écrits en vue du divorce. Rien dans les textes ou dans les travaux préparatoires ne nous autorise à faire cette assimilation et nous ne pouvons pas, dans le silence de la loi, établir un rapprochement entre deux événements dont l'un brise le lien conjugal que l'autre laisse au contraire subsister,

Le mariage n'étant point dissous nonobstant la séparation de corps, la femme demeure soumise à l'autorité maritale ; toutefois, comme la séparation de corps emporte avec elle séparation de biens, elle jouit désormais de la même liberté d'action qu'une femme séparée de biens.

La séparation de corps met fin à la vie commune ; il en résulte que la femme est libre de fixer sa résidence où bon lui semble. Mais la femme séparée pourra-t-elle ainsi acquérir un domicile dans le sens légal du mot ? Pour la négative on invoque l'art. 108 C. c., conçu dans les termes les plus généraux : « La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari. » On ajoute que l'obligation d'habiter avec son

mari n'est pas la seule raison qui ait fait donner à la femme le domicile marital : si la femme mariée a le même domicile que son mari, c'est parce que, frappée d'incapacité dès l'instant de son mariage, elle se trouve désormais obligée de recourir à son mari pour tous les actes juridiques qu'elle entend accomplir ; or, cette incapacité subsiste nonobstant la séparation de biens (1).

Malgré ces graves raisons de douter, je préfère l'affirmative. Elle est conforme à la tradition historique (2), et les travaux préparatoires (3) nous montrent que le législateur du Code civil n'a point entendu modifier à cet égard le droit antérieur (4).

Ce droit pour la femme de se choisir un domicile est absolu, et le jugement qui prononce la séparation ne pourrait point légalement le limiter. M. Laurent (5) pousse même cette idée si loin qu'il n'admet point le mari à réclamer des dommages-intérêts, lorsque sa femme coupable

(1) En ce sens, Merlin, Rép., au mot *Domicile*, § 5 ; Cass., 29 avril 1862, S. 62, 1, 945.

(2) Voy. Bouhier, *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, ch. XXII, n° 201, Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 522.

(3) Voy. le rapport de M. Mouricault, dans Locré, II, p. 186, n° 12.

(4) En ce sens, Demolombe, IV, 499 ; Laurent, II, 85.

(5) III, 345.

d'adultère vient à s'installer chez son complice ; la femme, dit-il, ne fait en pareil cas qu'user de son droit. Je ne pousserai pas la logique aussi loin ; si la femme est libre de résider où il lui plaît, elle doit toujours fidélité à son mari, et elle ne peut pas, sous prétexte d'exercer un droit, manquer à ce devoir (1).

Il est un cas où, de l'avis unanime, le droit pour la femme de se choisir un domicile subit une restriction ; tout le monde reconnaît en effet que, lorsque les enfants ont été confiés à la mère, celle-ci ne pourrait point user de la liberté qui lui est laissée relativement au choix de son domicile, de façon à empêcher le père de surveiller l'entretien et l'éducation de ses enfants ; deux droits se trouvent alors en présence, et il ne faut pas que l'exercice de l'un empêche l'exercice de l'autre (2).

Sous cette dernière réserve, la femme séparée de corps pourrait très bien se fixer à l'étranger, mais ne pourrait-elle point s'y faire naturaliser ? Cette question soulevée dans un procès célèbre (3) a donné lieu aux polémiques les plus vives.

Elle peut être étudiée soit au point de vue du

(1) En ce sens, Toulouse, 29 juin 1864, D. 64, 2, 174.

(2) En ce sens, Demolombe, IV, 498 ; Laurent, III, 345 ; Cass., 29 avril 1862, S. 62, 1, 945.

(3) Affaire de Bauffremont. Voy. Sirey, 1876, 2, 249.

droit international, soit au point de vue du droit privé. Me plaçant exclusivement au second point de vue, je me demanderai si, d'après notre droit civil français, une femme séparée de corps peut perdre par une naturalisation obtenue à l'étranger sans l'autorisation de son mari, la nationalité française. La négative me paraît incontestable. En effet, la femme séparée de corps n'est affranchie de l'autorité maritale que dans les limites où une femme séparée de biens en est elle-même affranchie (1); or, tout le monde est unanime à reconnaître que la femme séparée de biens seulement est incapable à elle seule de se faire naturaliser à l'étranger (2). Ce rapprochement est dé-

(1) Et seulement dans ces limites. En ce sens, Aubry et Rau, V, p. 137, § 472, texte et note 4; Valette, *Explicat. somm.* p. 148, n° VIII; Laurent, III, 96 et 344; Cass., 13 novembre 1844, S. 45, 1, 45. *Contrà*, Blondeau, *Revue de droit français et étranger*, année 1845, p. 131.

(2) Trois systèmes ont été proposés sur ce point. Selon les uns, les époux auraient toujours nécessairement la même nationalité; en conséquence, aucun changement de nationalité ne pourrait se réaliser quant à la femme seule. En ce sens, Proudhon, I, p. 126; Zachariæ, § 166, note 7; Fœlix, *Traité de droit intern.*, I, p. 92; Massé, *Droit comm.*, II, 998; Varambon, *Revue pratique*, 1855, t. VIII, p. 53 et s. Selon les autres, le consentement de la femme est nécessaire au mari, comme le consentement du mari est nécessaire à la femme qui veut changer de patrie. En ce sens, Blondeau, *Revue de droit fr. et étr.*, année 1845, p. 141. D'autres, enfin, et c'est là l'opinion de beaucoup, la plus commune, soumettent purement et simplement la

cisif. Voici pourtant ce qu'on a essayé de répondre.

L'impossibilité pour une femme séparée de biens de se faire naturaliser à l'étranger ne découle point des art. 215 et 217 rapprochés de l'art. 1449; la naturalisation est un acte de droit public et ne rentre pas dans la classe des actes de droit privé qui sont seuls soumis à l'autorisation maritale. Si la femme séparée de biens est incapable de se faire naturaliser à l'étranger, cela tient à l'obligation de cohabitation à laquelle elle est soumise, obligation qui ne se retrouve plus au cas de séparation de corps (1).

Je n'admets pas ce raisonnement. La cessation de la vie commune donne à la femme le droit de fixer sa résidence à l'étranger, mais de là à conclure qu'elle puisse se faire naturaliser sans autorisation, il y a loin. Que la naturalisation soit un acte de droit public, j'y consens; mais c'est aussi un acte juridique et de la plus haute gravité, qui doit être par conséquent compris dans la prohibition générale de l'art. 217 (2).

naturalisation au principe de l'autorisation maritale. En ce sens, Demolombe, I, 175; Aubry et Rau, I, p. 257, § 74; Laurent, I, 348; Dalloz, voy. *Droits civils*, n° 118.

(1) M. de Holtzendorf, *Journ. de droit intern. privé*, 1876, p. 5.

(2) Dans le sens de cette opinion, M. Labbé, *Journal de droit int. privé*, 1875, p. 409 et s.; Laurent, voy. Sirey, 81, 4, 1, note; Paris, 17 juillet 1876, S. 76, 2, 249; Bruxelles,

Je laisse de côté la question de savoir si les époux séparés se doivent encore secours et assistance, elle ne se rattache pas directement à mon sujet, et j'arrive à un point fort débattu, qui est de savoir quels seront les effets de la séparation de corps quant aux enfants.

La jurisprudence et des auteurs considérables, appliquant ici l'art. 302 C. c. par analogie, décident que les enfants devront être confiés à l'époux qui a obtenu la séparation, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'en ordonne autrement pour le plus grand intérêt des enfants (1).

J'ai dit qu'il m'était impossible de me rallier à cette opinion. L'art. 302 a été écrit en vue d'un cas où le mariage se trouve dissous. Rien ne nous autorise à l'appliquer lorsque le mariage continue à subsister. A mon sens, la séparation de corps ne modifie point par elle-même les dispositions du Code civil relatives à la puissance paternelle dont le père, aux termes de l'art. 373, a seul l'exercice pendant toute la durée du mariage. Mais, et

5 août 1880, S. 81, 4, 1. *Contrà*, Blondeau, *Revue de droit fr. et étr.*, année 1844, t. I, p. 644 et 658, et année 1845, t. II, p. 133 et 158; de Folleville; Bluntschli, *Rev. prat.* 1876, t. 41, nos 305 et s.

(1) Voy. Civ. rej., 17 juin 1845, D. 45, 1, 415; Req., 24 juillet 1878, S. 79, 1, 424; Merlin, *Rép.*, v^o *Education*, § 1, n^o 3; Duranton, II, 636; Massol, p. 319, n^o 1; Valette, *Explic. somm.*; Demolombe, IV, 511.

c'est ici que je me sépare complètement de M. Laurent, j'ai eu déjà occasion de faire remarquer que, la puissance paternelle étant dans notre droit français établie bien plutôt dans l'intérêt des enfants que dans celui du père, il est toujours loisible aux tribunaux, lorsque l'intérêt des enfants le réclame *impérieusement*, de prendre les mesures qu'ils jugent indispensables (1). Il pourra donc arriver, en fait, que, après avoir prononcé la séparation contre le mari, le tribunal, considérant comme impossible de lui laisser plus longtemps la garde de ses enfants, les confie à la mère ou à toute autre personne. Et ce que je dis du droit de garde, je l'appliquerais aussi bien au droit d'administration légale (2). Cette solution me paraît, si j'ose m'exprimer ainsi, plus juridique que celle de la jurisprudence ; elle a de plus l'avantage d'être conforme à la tradition historique. J'ajoute, quoi qu'en dise M. Laurent, qu'elle ne blesse pas les règles de la logique. Je ne m'appuie pas en effet pour la motiver sur l'article 302 dont je prétends précisément écarter l'application, mais sur la nature même de la puissance paternelle (3)

(1) Voy. *suprà*, p. 140.

(2) Cpr. Demolombe, IV, 512.

(3) Cpr., sur cette importante question, outre les autorités déjà citées, Demante, *Cours analyt.*, II, n° 31 bis II ; Marcadé, sur l'art. 311, n° 3.

SECTION IV

De la condition qui réserverait à la femme la jouissance et l'administration d'un bien donné ou légué.

Une femme est mariée sous un régime en vertu duquel l'administration et la jouissance de tous ses biens appartiennent au mari : est-il possible que la volonté d'un tiers puisse l'investir de pouvoirs d'administration, et lui donner une liberté d'action qu'elle n'avait point jusqu'alors ? C'est par l'examen de cette dernière question que je terminerai cette étude.

Si l'on estime que la femme mariée est, en général et sauf le cas de séparation de biens totale ou partielle, *incapable* de faire des actes d'administration, il me paraît difficile de ne pas répondre négativement à la question que je viens de poser, car il ne peut pas dépendre de notre volonté de modifier la capacité d'une personne. Mais j'ai dit qu'à mon sens, la femme mariée demeurerait toujours capable de faire des actes d'administration ; si le plus souvent elle n'administre pas, c'est parce qu'elle n'a pas de biens à administrer ; juridiquement elle conserve toujours capacité à cet effet. J'ai fait en particulier appli-

cation de ce principe au cas d'absence du mari ; la question se pose maintenant de savoir si le legs ou la donation faits dans les termes que je viens d'indiquer ne peuvent point fournir à la femme, aussi bien que l'absence du mari, l'occasion de faire usage de sa capacité.

Je ne m'arrêterai pas à l'objection qui consiste à dire que le testateur ne peut point régler lui-même la conduite du légataire, lui imposer un mode d'administration et de jouissance, et que la condition qui nous occupe empêche précisément la femme de disposer du bien donné ou légué d'après le mode convenu dans son contrat de mariage. Il y a dans cette manière de raisonner une fausse application d'un principe vrai. Comment en effet se plaindre au nom de la femme d'une prétendue restriction apportée à son droit de propriété, puisque précisément la libéralité faite à son profit est plus parfaite, plus entière, qu'elle n'était en droit de s'y attendre ?

Mais voici une objection plus sérieuse.

On fait remarquer que, dans l'espèce, l'augmentation des pouvoirs de la femme ne vient pas d'un événement accidentel comme l'absence, mais de la volonté d'un tiers. Or, bien que la femme demeure toujours capable de faire des actes d'administration, il n'en est pas moins vrai que les droits du mari, tels qu'ils résultent

du contrat de mariage, vont se trouver modifiés en dépit du principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales.

Je réponds que si les conventions matrimoniales ne peuvent être modifiées pendant le mariage, ceci ne doit pas s'entendre des changements qui peuvent survenir indépendamment du fait et de la volonté libre des époux ; car ce que la loi a simplement voulu éviter en édictant la prohibition de l'art. 1395 C. c., ce sont les donations contraintes et déguisées entre époux. Mais, rien ne s'oppose à ce que le disposant ne mette à sa libéralité telle condition qui soustraira le bien donné ou légué à l'application des règles auxquelles il eût été soumis en vertu du contrat de mariage ; il était maître de ne pas donner, pourquoi en donnant ne pourrait-il pas apposer telle condition qu'il juge convenable ? La loi ne fait-elle pas d'ailleurs elle-même application de ce principe dans l'art. 1401 C. c. ? Et si l'art. 1543 C. c. ne permet pas au disposant de rendre dotal et inaliénable le bien par lui donné, lorsque les biens présents ont seuls été stipulés dotaux, cela tient à ce que l'inaliénabilité de la dot est une disposition tout à fait exorbitante, contraire à la libre circulation des biens ; rien n'empêcherait le disposant si, à l'inverse, la femme avait stipulé dotaux tous ses biens présents et à venir, de mettre pour condi-

tion à sa libéralité que le bien par lui donné demeurerait aliénable (1).

Mais voici une objection beaucoup plus grave et qui me touche infiniment. Permettre à un donateur ou à un testateur d'attribuer à la femme un droit personnel de jouissance, des pouvoirs d'administration, n'est-ce point là faire échec à l'autorité maritale ? Car enfin, il est très possible que le mari, en se réservant la jouissance et l'administration de tous les biens de sa femme, ait précisément voulu lui refuser tout moyen de s'affranchir de son autorité ; peut-être même n'a-t-il consenti à se marier qu'à cette condition. Je m'inclinerais devant cette considération, si le droit que s'est réservé le mari était un des attributs essentiels de la puissance maritale. Mais il n'en est rien ; la loi admet parfaitement que la femme puisse avoir la jouissance et l'administration de tout ou partie de sa fortune, estimant que le mari conserve, malgré cette circonstance, une part d'autorité suffisante. Il est possible qu'aux yeux du mari une atteinte irréparable soit portée à cette autorité, nous n'avons point à tenir compte de son opinion personnelle, et si la condition mise à la libéralité n'est en opposition avec aucun prin-

(1) Voy. toutefois Nîmes, 18 janvier 1830, D. 30, 2, 429 et 177.

cipe de notre droit civil, nous devons, dans tous les cas, en proclamer la validité (1).

(1) En ce sens, Merlin, Rép., v^o *Dot*, § 2, n^o 10; Proudhon, *De l'usufruit*, I, 283; Toullier, XII, 142; Duranton, XIV, 150; Demolombe, IV, 171; Aix, 16 juillet 1846, S. 46, 2, 402. *Contra*, Delvincourt, III, p. 293, note 3; Bellot des Minières, *Du contr. de mariage*, I, p. 300. Comparez Sériziat, *Du rég. dotal*, n^o 21.

APPENDICE

Interpréter les dispositions actuelles de notre loi, tel est le but unique que je m'étais proposé en commençant cette étude, ne voulant discuter ni les critiques dont ces dispositions sont aujourd'hui l'objet, ni les réformes que l'on a proposé d'introduire. C'est seulement sur les conseils de mon excellent maître, M. Labbé, que, parvenu au terme de mon travail, je me suis décidé à me départir un instant de mon rôle d'interprète.

On peut soutenir, et on a soutenu, en effet, que l'autorisation maritale est une disposition qui doit disparaître de la loi. Parmi les partisans de ce système radical, il convint de signaler tout particulièrement M. Laurent, le savant professeur de l'Université de Gand. Chargé de l'étude d'un projet de Code civil destiné à remplacer notre Code civil français qui est, comme on sait, actuellement en vigueur en Belgique, M. Laurent fait précéder son premier travail d'une lettre au ministre de la justice, dans laquelle je lis ce qui suit : « L'avant-projet apporte encore un autre changement au titre du Mariage ; il *propose d'abolir l'autorisation maritale*. J'espère que je désarmerai d'avance la critique, en disant que

cette innovation, plus considérable en théorie qu'en fait, est empruntée au Code d'un pays conservateur par excellence, au Code autrichien (1). »

M. Laurent se demande quel est le véritable motif qui a fait admettre aux rédacteurs du Code la nécessité de l'autorisation. Les dispositions du Code civil, nous l'avons dit en commençant, ne révèlent pas bien clairement la pensée du législateur à cet égard. D'un autre côté, les travaux préparatoires sont fort peu explicites. Le tribun Gillet, dans son rapport au Tribunal, s'appuie sur la tradition coutumière ; proclamer l'indépendance absolue de la femme, c'eût été choquer les idées établies sur la protection que le mari doit à son épouse. Au fond, d'après M. Laurent, il faut rattacher l'autorisation maritale à cette idée traditionnelle d'une soi-disant incapacité naturelle du sexe. Or, c'est là un vieux préjugé, contraire à la réalité des choses, et qui doit disparaître avec le progrès.

Qu'on ne dise pas que la soumission de la femme à l'autorisation maritale est un principe d'ordre public ; s'il en était ainsi, le législateur n'eût jamais permis à la femme de se réserver, par son contrat de mariage, la faculté d'administrer, seule, tout ou partie de ses biens, et de disposer de son mobilier. Pourquoi, d'ailleurs, si elle peut, sans faire échec à la puissance maritale, disposer de ses meubles, ne pourrait-elle pas également disposer de ses im-

(1) Avant-projet de revision du Code civil, t. I, p. X.

meubles; est-ce qu'aujourd'hui les fortunes ne sont pas en plus grande partie mobilières?

Direz-vous qu'il importe de veiller, dans l'intérêt de la famille, à la conservation du patrimoine de la femme; mais, pourquoi la femme n'interviendrait-elle pas à son tour dans tous les actes du mari? Est-ce que les actes de celui-ci intéressent la famille à un degré moindre?

Etes-vous, d'ailleurs, bien sûrs, avec votre système, de protéger efficacement la fortune de la femme? Il est permis d'en douter. On voit journellement la femme s'obliger ou aliéner ses propres au profit de son mari, et sous la pression que son protecteur exerce sur elle; de sorte que, en fin de compte, le système du Code civil facilite très souvent la spoliation de la femme. Facilite, disons-nous, car si la femme était admise à soigner elle-même ses intérêts, elle serait probablement plus en état de résister à son mari.

M. Laurent fait suivre ces considérations d'un aperçu de la législation italienne sur la matière qui nous occupe.

Lors de la confection du Code civil italien, une lutte très vive s'engagea entre partisans et adversaires de l'autorisation maritale; la victoire resta finalement aux premiers, mais elle ne fut pas complète. En effet, bien que l'art. 134 du Code civil italien, qui défend à la femme de donner, d'aliéner ses immeubles, de les grever d'hypothèque, de contracter des emprunts, de céder ou recouvrer des

capitaux, de se rendre caution, de transiger ou d'ester en justice, relativement à ses droits, sans autorisation de son mari, semble, tout d'abord, la reproduction de l'art. 217, il y a cependant entre les deux législations une différence profonde : si l'art. 217 doit être considéré comme édictant une incapacité générale, l'art. 134 du Code italien doit être, au contraire, interprété restrictivement. Il fut admis, en effet, lors de la discussion, et ce fut là la concession faite aux adversaires de l'autorisation maritale, que, en principe, la femme mariée demeurerait capable, en l'absence d'un texte formel la frappant de telle ou telle incapacité spéciale. Ainsi, dit M. Laurent, si les adversaires de l'autorisation maritale n'ont point triomphé en Italie, du moins ont-ils obtenu gain de cause sur la question de principe; c'est un premier pas, et un pas décisif.

Voici maintenant le système que M. Laurent propose d'adopter.

En principe, la capacité de la femme demeure, pendant la durée du mariage, ce qu'elle était auparavant : en ce sens, il n'y a plus d'autorisation maritale.

Toutefois, il importe de distinguer si, par ses conventions matrimoniales, la femme a donné ou non à son mari des droits sur ses biens. S'est-elle réservé la jouissance de tout ou partie de ses biens, la règle précédente s'applique sans difficulté; la femme sera pleinement capable, à l'effet de disposer à son gré de la fortune qu'elle n'a pas voulu remettre aux mains de son mari.

Dans le cas contraire, et ce sera l'hypothèse de beaucoup la plus fréquente, car M. Laurent propose d'adopter, pour régime de droit commun, le régime de la communauté universelle, il est bien certain que la femme ne pourra pas compromettre à elle seule les droits du mari. Celui-ci devra donc intervenir, et, s'il y a dissentiment entre les époux, la justice prononcera.

On pourrait croire que, pour cette seconde hypothèse, M. Laurent ne fait en somme que rétablir purement et simplement le principe de l'autorisation maritale. Il n'en est rien. Voici, en effet, ce qu'il s'empresse immédiatement d'ajouter :

Si l'intervention du mari dans les actes de la femme est chose nécessaire alors que les patrimoines des deux époux ne demeurent point complètement séparés, à l'inverse, l'intervention de la femme dans les actes du mari doit être logiquement admise; car les actes de l'un quelconque des époux intéressent naturellement l'autre. Le système du Code civil qui permet au mari d'administrer seul les biens de la communauté, de les vendre, de les aliéner, de les hypothéquer sans le concours de la femme, est absurde (*sic*).

Ce concours des deux époux n'est toutefois nécessaire que pour les actes de disposition et pour les actes d'administration définitive, tels que baux, acquisitions de mobilier ou d'immeubles, paiement des dettes.

Quant aux actes d'administration journalière, une

distinction est nécessaire : en ce qui concerne les actes relatifs à l'entretien du ménage, c'est la femme qui a qualité pour les faire seule, car la force des choses le veut ainsi ; mais elle agit alors comme associée et non comme mandataire ; dans tous les autres cas, c'est le mari seul qui agit ; c'est lui notamment qui s'occupe des réparations à faire soit aux biens communs, soit aux biens propres de sa femme.

Que décider si l'un des époux ne peut, pour cause d'absence ou d'interdiction, concourir à un acte pour lequel son consentement est nécessaire ? Faudra-t-il, en pareil cas, que le conjoint de l'absent ou de l'incapable se fasse autoriser par justice ?

En cas d'absence, M. Laurent estime que le conjoint présent aura pouvoir à l'effet de faire seul tous les actes d'administration. Quant aux actes de disposition, ils devront être autorisés par le tribunal. Cette autorisation sera d'ailleurs un acte de juridiction gracieuse, ayant pour objet de sauvegarder l'intérêt du conjoint incapable et l'intérêt des enfants. Que si l'un des conjoints est frappé d'interdiction, son tuteur n'aura point à intervenir dans l'administration de la communauté, son concours ne sera nécessaire que pour les actes d'aliénation.

Le système de M. Laurent est résumé dans les art. 211, 212, 213, 214, 216 du projet (1), dont voici la teneur :

(1) Voy. notam. les explications fournies par M. Laurent sur les art. 211 et 213.

Art. 211. La femme mariée est capable de contracter, d'aliéner et d'ester en jugement, quand elle a des propres dont l'administration et la jouissance lui appartiennent.

Si les époux sont communs en biens, l'administration de la communauté appartiendra au mari et à la femme, comme il sera dit au titre du Contrat de mariage. Quant aux biens qui restent propres aux époux, on suivra pour l'administration les règles qui seront établies au même titre. Aucun des époux ne pourra, sous ce régime, disposer de ses propres sans le concours de son conjoint. En cas de dissentiment, le juge pourra autoriser l'époux propriétaire à disposer et à ester en jugement.

Art. 212. Quand l'un des époux refuse de consentir à un acte juridique qui doit se faire par leur concours, le mari ou la femme, qui veut passer outre, citera son conjoint en conciliation. Si le juge de paix ne parvient pas à concilier les parties, la demande sera portée devant le tribunal d'arrondissement du domicile commun. Les époux seront entendus en chambre du conseil, et le tribunal décidera, sur les conclusions du ministère public, si l'acte peut être fait, en prenant en considération l'intérêt de l'époux demandeur et celui de la famille.

Art. 213. Si l'un des époux ne peut, pour cause d'absence ou d'interdiction, concourir à un acte pour lequel son consentement est nécessaire, on suivra pour l'administration et la disposition des biens, soit

communs, soit propres, les règles qui seront établies au titre du Contrat de mariage.

Art. 214. La femme peut tester, sous tous les régimes, sans le concours du mari.

Art. 216. Si l'un des époux fait seul un acte pour lequel la loi exige le concours de son conjoint, l'acte n'aura aucun effet à l'égard de celui-ci, à moins qu'il ne le ratifie; dans ce cas, l'acte pourra lui être opposé à partir de la ratification.

Je suis d'autant plus heureux d'avoir pris connaissance du travail de M. Laurent, que l'examen des dispositions qu'il propose de substituer à celles de notre Code civil, m'a confirmé dans cette idée que la lecture de l'ouvrage de M. Gide sur la condition de la femme (1) avait éveillée dans mon esprit, à savoir, que l'autorisation maritale et la communauté sont deux institutions parfaitement inséparables. J'ai recherché, au début de mon sujet, quel fondement il convenait de reconnaître à l'autorisation maritale, en présence des dispositions du Code civil, qui, il faut bien l'avouer, ne sont pas très faciles à concilier; je puis dire, qu'à mon sens, la véritable raison d'être de l'autorisation maritale, c'est la communauté. Si l'unité de direction est généralement favorable à la prospérité de toute association, c'est surtout lorsque cette association se compose seulement de deux personnes que ce besoin

(1) Voy. p. 530.

d'unité se fait sentir. Il était donc naturel *à priori* de confier la direction de la communauté à l'un des associés, et ce ne pouvait être évidemment qu'au mari, non seulement parce que, plus habitué aux affaires, il est souvent plus à même que la femme de faire prospérer l'association conjugale, mais encore et surtout parce qu'il eût été contraire à la nature même des choses que la femme eût un rôle prépondérant. « Que la femme doive être soumise à l'homme qui est tenu de la protéger, dit M. Gide (1), c'est là un principe de morale consacré par le consentement de tous les peuples, un de ces axiomes primordiaux qui sont au-dessus de toute démonstration, comme ils sont au-dessus de toute attaque. » Cette soumission exige-t-elle que la femme soit incapable de faire aucun acte juridique valable sans le consentement de son mari? c'est un point que l'on peut discuter. Ce qui est certain, c'est qu'elle s'oppose à ce que le mari soit, à aucun point de vue, dans la dépendance de sa femme. C'est ce que M. Laurent paraît n'avoir pas compris.

En disant qu'il est naturel de confier au mari la direction de la communauté, je me place uniquement au point de vue légal. J'entends bien, en effet, qu'en fait, le mari consultera le plus ordinairement sa femme, toutes les fois qu'il s'agira de prendre une décision importante; et d'ailleurs, comme le fait très judicieusement remarquer M. Gide (2), le tiers

(1) Gide, *loc. cit.*

(2) *Condition privée de la femme*, p. 543.

qui traite avec le mari exigera, dans bien des cas, l'intervention de la femme afin d'obtenir de celle-ci renonciation à son hypothèque.

Cette entente entre les deux époux est assurément chose fort désirable, mais je nie qu'il soit d'une bonne législation de l'ériger en nécessité légale; la prospérité de l'association conjugale me paraît exiger, en effet, que le mari conserve sa liberté d'action. Est-il d'ailleurs bien sage d'autoriser l'intervention du pouvoir judiciaire dans tous les cas de désaccord entre les époux, n'est-ce point là créer un élément de discorde? n'est-ce point aussi, dans une certaine mesure, porter atteinte au respect que la femme doit à son mari?

Si le mari est le chef naturel et en même temps nécessaire de la communauté, il n'est pas bien difficile d'apercevoir que la femme, dont tous les biens appartiennent à la communauté soit en pleine propriété, soit en jouissance seulement, ne doit pouvoir faire seule aucun de ces actes de nature à exercer une influence sur le patrimoine.

Tout d'abord, il est bien certain qu'un acte fait par la femme, sans le concours de son mari, n'est point opposable à la communauté; car si la femme n'a pas le droit, dans le sens légal du mot, d'intervenir dans les affaires de la communauté, encore moins a-t-elle le pouvoir de disposer seule des biens communs. Mais il y a plus, on comprend très bien que l'acte ne reçoive pas même son exécution sur la nue propriété des biens propres de la femme. En

effet, la communauté ayant la jouissance de tous les biens de la femme, est intéressée à l'augmentation du patrimoine demeuré propre à cette dernière, et dès lors il est naturel que le mari, chef de la communauté, soit consulté toutes les fois qu'il est fait un acte intéressant ce patrimoine.

L'autorisation maritale se trouve donc parfaitement justifiée dans l'hypothèse d'une communauté, car, je le répète, lorsque les intérêts des époux sont confondus, c'est au mari que doit appartenir la direction, à peine de porter atteinte à son autorité, ce qui entraîne à son profit le droit de contrôler les actes de sa femme.

Mais c'est une question délicate que de savoir si la femme dotale ou séparée de biens doit être également soumise à l'autorisation maritale. D'une façon plus générale, faut-il admettre que le respect dû par la femme à l'homme chargé de la protéger exige qu'elle ne puisse, sans l'agrément de son mari, disposer de biens dont elle a conservé la pleine propriété? A ce sujet, je ferai remarquer que, d'après une tradition à peu près constante dans les pays de droit écrit, tradition d'ailleurs empruntée à la loi romaine, la femme a toujours été considérée comme pleinement capable de disposer à son gré de sa fortune paraphernale. Dans les pays coutumiers, au contraire, la question de savoir si la femme séparée de biens devait être ou non soumise à l'autorité de son mari n'a pas toujours été résolue de la même façon. Dumoulin, exprimant en cela une idée assez

répandue dans notre vieux droit coutumier, enseignait que la femme séparée pouvait contracter et disposer de ses biens sans restriction, comme si elle eût été non mariée. La doctrine de Dumoulin n'avait point prévalu, et dans le dernier état de l'ancien droit il était très généralement admis que la femme séparée judiciairement ou par contrat n'était point affranchie de l'autorisation maritale.

Si j'avais à prendre parti, peut-être me rangerais-je du côté de la tradition romaine et de Dumoulin ; mais les rédacteurs du Code en ont décidé autrement. Toutefois, il convient de remarquer que, dans l'espèce, le législateur n'a pas appliqué le principe de l'autorisation maritale dans toute sa rigueur. Il autorise la femme séparée (et j'ai étendu cette disposition à la femme dotale relativement à ses paraphernaux) à administrer librement ses biens et à disposer de son mobilier. J'ajoute que, la fortune étant aujourd'hui en grande partie mobilière, ce droit pour la femme de disposer de ses meubles lui donnera le plus souvent une liberté d'action presque complète. Il est évident que cette distinction faite par la loi entre les meubles et les immeubles ne saurait plus se justifier aujourd'hui, et s'il convient réellement, ce qui me paraît douteux, d'astreindre la femme dotale ou séparée à l'autorisation maritale, le droit pour elle de disposer de son mobilier devrait être tout au moins singulièrement restreint.

Les dispositions de notre Code civil ont été, à un

autre point de vue, l'objet de critiques qui me paraissent méritées ; il est, en effet, certaines d'entre elles qui ne peuvent s'expliquer que par une idée de protection ; telles sont notamment celles qui imposent à la femme l'obligation de se faire autoriser par justice lorsque le mari est hors d'état de donner son autorisation, et permettent à la femme de demander la nullité des actes faits par elle sans autorisation. Les rédacteurs du Code ont-ils jugé utile de protéger la femme dans son intérêt personnel, *propter fragilitatem sexus*, n'ont-ils pas plutôt eu en vue l'intérêt de la famille ? J'ai dit que ce second point de vue me paraissait plus exact. Mais on peut objecter que la famille est tout aussi intéressée à la conservation de la fortune du mari ; pourquoi dès lors la loi ne prend-elle aucune précaution à l'égard de ce dernier ? n'est-ce pas parce qu'au fond elle se méfie de la femme, et ne lui reconnaît pas les mêmes capacités naturelles ?

Une proposition de loi, déposée à la Chambre des députés par M. Camille Sée dans la séance du 7 mai 1880, et relative à la capacité civile de la femme, demandait notamment la suppression des dispositions auxquelles je viens de faire allusion.

Un rapport sommaire, fait au nom de la 20^e commission d'initiative parlementaire, par M. Armand Rivière, concluait, tout en faisant certaines réserves, à la prise en considération. Mais la Chambre, n'ayant pas émis de vote avant l'expiration de son mandat, la Chambre actuelle ne peut être saisie

de la question que par une proposition nouvelle.

Voici le texte de la proposition de M. Camille Sée :

Article premier. — La femme majeure pourra être témoin, soit dans un acte de l'état civil, soit dans tout autre acte instrumentaire.

Art. 2. — La mère survivante et non remariée pourra faire détenir un enfant soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition, dans les mêmes cas que le père, et sans avoir besoin du concours des deux plus proches parents paternels.

Art. 3. — La femme peut être tutrice et faire partie d'un conseil de famille.

Art. 4. — La femme survivante est tutrice légale, au même titre que le père, et sans que celui-ci puisse lui nommer un conseil spécial.

Art. 5. — Lorsqu'un enfant naturel a été reconnu à la fois par son père et par sa mère, et qu'il y a dissentiment entre le père et la mère quant au mariage de l'enfant, il sera statué par le tribunal.

Art. 6. — L'art. 217 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou sans son autorisation par écrit.

Cette autorisation n'a pas besoin d'être spéciale.

Art. 7. — Aucune autorisation, ni du mari, ni

de justice, n'est nécessaire à la femme pour contracter ou ester en jugement, lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante.

Art. 8. — Il en est de même si le mari est interdit, absent ou mineur.

Art. 9. — La même dispense d'autorisation est accordée à la femme lorsqu'elle a obtenu la séparation de corps contre son mari.

Art. 10. — La nullité, fondée sur le défaut d'autorisation, ne peut être opposée que par le mari.

Art. 11. — Les dispositions du Code civil et du Code de procédure sont abrogées en tant qu'elles sont contraires à celles de la présente loi.

Comme on le voit, les art. 7, 8 et 10 contiennent purement et simplement l'abrogation des art. 221, 222, 224 du Code civil, dont les dispositions ne peuvent s'expliquer que par une idée de protection.

Cette abrogation me paraît d'ailleurs désirable à tous égards. D'une part, en permettant à la femme de suppléer au besoin le mari dans la direction des affaires, on lui procurera le moyen d'acquérir de l'expérience. Elle ne sera donc plus, comme l'objet M. Laurent, livrée sans défense à son mari, pour lequel il est à craindre qu'elle ne consente trop facilement à s'obliger (1).

(1) Voy. Gide, *Condition privée de la femme*, p. 537.

D'autre part, en n'admettant plus la femme à demander la nullité des actes faits par elle sans autorisation, on fera œuvre d'équité. « N'est-il pas, en effet, contraire aux notions les plus élémentaires de la justice, de permettre à une femme, qui a contracté librement et en pleine connaissance de cause, d'attaquer elle-même son contrat, sous prétexte que son mari ne l'a pas autorisée ou ne l'a autorisée qu'après coup (1) ? »

Je n'insisterai pas sur les cinq premiers articles ; peut-être cependant pourrait-on faire quelques réserves en ce qui concerne l'art. 2 et surtout l'art. 4. Est-il bien nécessaire, sous prétexte de rétablir l'égalité entre les deux sexes, de multiplier les cas dans lesquels le droit de correction pourra être exercé par voie d'autorité ? Quant à supprimer la disposition de l'art. 391 C. c., ainsi que le fait l'art. 4, j'avoue que je n'y vois pas une bien grande utilité. Que le père puisse nommer un conseil à la mère survivante et tutrice, ceci me paraît une mesure assez raisonnable, inspirée bien moins par une idée d'incapacité naturelle chez la femme que par l'intérêt du mineur. Pourquoi si, *en fait*, le mari reconnaît sa femme inhabile aux affaires, ne pourrait-il point lui adjoindre une personne capable de la seconder dans la gestion de la tutelle ?

La disposition de l'art. 6 mérite de nous arrêter plus longtemps. Elle supprime la nécessité d'une

(1) Gide, *loc. cit.*

autorisation spéciale. Dans son exposé des motifs, M. Camille Sée déclare que les rédacteurs du Code, en exigeant une autorisation spéciale, sont partis de cette idée fausse que « l'incapacité de la femme s'explique par sa faiblesse et par la nécessité d'une protection extérieure. » C'est aussi l'opinion de M. Gide (1).

Je repousse pour ma part cette manière de voir. Pothier, et beaucoup de nos anciens auteurs qui ne reconnaissent à l'incapacité de la femme d'autre fondement que la puissance maritale, n'hésitaient pas cependant à prononcer la nullité de toute autorisation générale. Et, en effet, comme je l'ai fait remarquer au début de mon sujet, permettre à la femme de se faire autoriser à l'avance et une fois pour toutes, à faire toute une série d'actes d'un certain genre, c'est en réalité lui fournir le moyen de s'affranchir de l'autorité maritale.

Si vous admettez les autorisations générales, c'est qu'au fond vous ne reconnaissez pas la légitimité de l'autorisation maritale ; quand on juge un principe bon, on ne donne pas aux parties le moyen de l'éluider. Pour ma part, je ne comprendrai jamais une loi qui dirait : La femme est incapable d'agir sans l'approbation de son mari, mais elle pourra se faire dispenser à l'avance de la nécessité d'obtenir cette approbation.

Il paraît d'ailleurs que cette partie de la proposi-

(1) *Condition privée de la femme*, p. 532 et 535.

tion de M. Camille Sée n'avait pas été accueillie avec beaucoup de faveur ; je lis, en effet, dans le rapport de M. Rivière le passage suivant : « Dans la proposition de loi de notre honorable collègue, c'est sur la question de l'autorisation maritale qu'il soulève le plus de critiques et rencontre le plus d'objections. Même en admettant, avec lui, comme principe, que cette autorisation ou, à son défaut, l'autorisation de justice, n'a d'autres causes que la puissance maritale et la nécessité de maintenir au mari le gouvernement de la famille ; si l'on pouvait donner à la femme des autorisations générales, illimitées, si elles n'étaient pas spéciales pour chaque affaire, pour chaque procès, ce serait permettre de rendre la femme complètement indépendante du mari, ce serait autoriser la complète abdication de la puissance maritale. »

Ajoutons que, s'il faut en croire le rapport, M. Camille Sée n'aurait eu nullement l'intention d'abroger l'art. 223 C. c., qui prohibe les autorisations générales. « Il est juste de constater, dit en effet l'honorable rapporteur, que si l'addition faite par le projet de loi à l'art. 217 C. c. semblait le modifier, en ce sens que l'autorisation maritale, pour donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, n'avait pas besoin d'être spéciale, et dès lors pouvait être générale, notre collègue, M. Camille Sée, avait expliqué que, dans sa pensée, telle n'était pas la portée de la rédaction de son art. 6, et qu'il avait seulement voulu étendre cette

autorisation à toutes les clauses de l'acte spécial qui en était l'objet. »

En somme, si je comprends bien, M. Camille Sée exigerait toujours une autorisation spéciale pour chaque affaire, mais sans qu'il soit besoin que le mari connaisse toutes les clauses de l'acte spécial qu'il autorise. Si telle a été effectivement la pensée de l'honorable député, il faut bien avouer que la fin de son art. 7 aurait besoin d'être complètement remaniée ; telle qu'elle est conçue, elle ne peut guère être interprétée que comme l'abrogation pure et simple de l'art. 223 C. c.

La proposition de M. Camille Sée contient une dernière disposition qu'il me paraît impossible de ne pas approuver. La femme séparée de corps demeure, nous l'avons vu, soumise à la nécessité de l'autorisation maritale, dans les mêmes limites qu'une femme séparée de biens. L'art. 9 propose de dispenser d'autorisation la femme qui a obtenu séparation de corps contre son mari. Si partisan que l'on soit de l'autorisation maritale, il n'est guère admissible que la femme soit encore tenue de consulter, pour les actes les plus importants de la vie civile, un mari avec lequel elle n'a plus aucune communauté d'intérêts et qui a été reconnu indigne. Aussi, cette partie de la proposition avait-elle été très favorablement accueillie au sein de la commission. « Quand la proposition n'arriverait, dit le rapport, qu'à dispenser de l'autorisation maritale la femme qui a obtenu la séparation de corps contre son mari,

elle aurait fait une œuvre utile, une œuvre de justice. »

Pour ma part, je forme des vœux pour que les dispositions des art. 7, 8, 9 et 10, car celles-là surtout me paraissent excellentes, fassent l'objet d'une nouvelle proposition de loi.



POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. La *manus* confère au mari des droits non seulement sur les biens, mais sur la personne de sa femme. P. 5 et s.

II. La femme *in manu* demeure capable de s'obliger civilement. P. 14 et s.

III. La femme placée sous la tutelle de ses agnats ne peut pas tomber *in manum* par l'*usus*. P. 22.

IV. C'est à la loi Julia et non au sénatus-consulte Velléien qu'il convient de rattacher la défense faite au mari d'hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de sa femme. P. 63 et s.

V. En cas d'aliénation de l'immeuble dotal, le mari *seul* peut revendiquer l'immeuble aliéné pendant la durée du mariage. P. 57 et s.

VI. En droit classique la femme ne pouvait pas valablement renoncer à la protection du sénatus-consulte Velléien ; sous Justinien, il lui suffit pour atteindre ce résultat de recourir à la formalité d'un acte public constatant son obligation. P. 103 et s. et p. 108 et s.

DROIT CIVIL

I. L'autorisation maritale est exigée non seulement par respect pour l'autorité du mari, mais encore dans le but de mieux protéger les intérêts nés du mariage. P. 120 et s.

II. Pour que l'autorisation soit spéciale il faut que le mari ait autorisé en connaissance de cause, c'est-à-dire après examen de l'affaire et des conditions auxquelles elle doit être traitée. P. 125 et s.

III. La femme mariée n'a pas besoin d'autorisation pour plaider en nullité de son mariage. P. 213 et s.

IV. La femme mariée ne peut défendre sans autorisation à la poursuite que dirige contre elle la partie lésée par voie de citation directe devant un tribunal répressif. P. 219 et s.

V. La femme mariée est incapable de s'obliger

par son fait personnel autre qu'un délit ou quasi-délit. P. 181 et s.

VI. La femme mariée séparée de biens peut toujours disposer librement de son mobilier, lors même que l'aliénation ne pourrait pas être considérée comme un acte d'administration. P. 244 et s.

VII. La femme mariée séparée de biens ne peut pas s'obliger sur son mobilier au delà des limites de ses pouvoirs d'administration, mais dans ces limites elle s'oblige valablement sur tous ses biens meubles ou immeubles. P. 258 et s. et p. 277.

VIII. Les pouvoirs d'une femme dotale sur ses paraphernaux sont ceux d'une femme séparée judiciairement ou par contrat. P. 239 et s.

IX. Le mari n'est pas tenu personnellement des obligations contractées par sa femme marchande publique ; s'il peut être poursuivi *in solidum*, pendant la durée de la communauté, c'est par suite de la confusion qui s'opère entre ses biens personnels et les biens communs. P. 318 et s.

X. Les bénéfices réalisés par la femme marchande publique.
M. 26

chande publique sont des capitaux et non des fruits. P. 325 et s.

DROIT CRIMINEL

I. Pour savoir par quel laps de temps se prescrit l'action publique, il faut s'attacher à la peine méritée par l'infraction, d'après l'appréciation définitive qui en est faite à l'audience.

II. L'action civile, même portée devant un tribunal civil, s'éteint, comme l'action publique, par dix ans, par trois ans ou par un an.

III. Le décès *du mari* depuis la plainte en adultère portée par lui contre sa femme éteint l'action du ministère public.

DROIT DES GENS

I. Une femme française séparée de corps ne peut pas se faire naturaliser à l'étranger sans autorisation. Cette naturalisation doit être nulle et de nul effet aux yeux des tribunaux français.

II. Un gouvernement étranger n'est pas justiciable des tribunaux français à raison des obligations par lui contractées envers un Français.

Vu par le Président de la thèse,
E. LABBÉ.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.



TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

	Pages.
CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.	1

CHAPITRE PREMIER

CONDITION DE LA FEMME MARIÉE DANS L'ANCIENNE ROME

Section I ^{re} . — Condition de la femme <i>in manu</i> . . .	3
Section II. — Comment s'acquiert la <i>manus</i> et comment elle prend fin.	17
Section III. — Condition de la femme dans un mariage sans <i>manus</i>	26
Section IV. — Condition de la femme au point de vue des mœurs.	33

CHAPITRE II

CONDITION DE LA FEMME SOUS LES EMPEREURS PAÏENS

Section I ^{re} . — Disparition des pouvoirs du mari sur la personne de sa femme.	38
Section II. — Transformation de la dot.	43
Section III. — Pourquoi et sous quels rapports l'émancipation de la femme ne fut pas complète. .	68

CHAPITRE III

CONDITION DE LA FEMME MARIÉE SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS

	Pages.
Section I ^{re} . — Caractères généraux du mariage dans le dernier état du droit.	75
Section II. — Innovations de Justinien en matière de dot.	80
Section III. — Transformation du sénatus-consulte Velléien.	97

DEUXIÈME PARTIE

—

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Section I ^{re} . — Origine, fondement, durée de l'auto- risation maritale.	117
Section II. — De la spécialité de l'autorisation con- sidérée comme trait caractéristique de l'incapa- cité de la femme.	124
Section III. — Plan général de mon sujet.	133

CHAPITRE II

POUVOIRS DE LA FEMME MARIÉE, ENVISAGÉE COMME MÈRE LÉGITIME OU NATURELLE, OU COMME ASCENDANTE

Section I ^{re} . — Pouvoirs de la mère légitime.	136
---	-----

	Pages.
Section II. — Pouvoirs de la mère naturelle.	147
Section III. — Des ascendantes.	164

CHAPITRE III

ÉTENDUE DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE DANS LA SPHÈRE DES INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES

Section I ^{re} . — Actes extrajudiciaires.	171
Section II. — Actes judiciaires.	193
Section III. — Influence des conventions matrimo- niales sur l'étendue des pouvoirs de la femme. . .	221
Section IV. — De la femme séparée de biens. . . .	235

CHAPITRE IV

DE L'AUTORISATION GÉNÉRALE, ET SPÉCIALEMENT DE LA FEMME MARCHANDE PUBLIQUE

Section I ^{re} . — Le mari peut-il, dans certains cas ex- ceptionnels, donner à sa femme une autorisation générale?	286
Section II. — Principaux caractères de l'autorisation de faire le commerce.	291
Section III. — Capacité de la femme marchande pu- blique.	302
Section IV. — Les actes faits par la femme mar- chande publique sont-ils présumés dans l'intérêt de son négoce?	309
Section V. — Sur quels biens les obligations con- tractées par la femme marchande publique peu- vent être exécutées.	315

CHAPITRE V

DE LA FEMME MANDATAIRE DE SON MARI

	Pages.
Section I ^{re} . — La femme peut recevoir un mandat ; différence entre la femme mandataire de son mari et la femme autorisée.	333
Section II. — Ce que peut comprendre le mandat donné à la femme par le mari ; à quelles règles il est soumis.	337
Section III. — Dépenses relatives à l'entretien du ménage.	344

CHAPITRE VI

DE CERTAINES CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES DE NATURE A MODIFIER L'ÉTENDUE DES POUVOIRS DE LA FEMME

Section I ^{re} . — Incapacité du mari.	351
Section II. — Absence du mari.	355
Section III. — Séparation de corps.	366
Section IV. — De la condition qui réserverait à la femme la jouissance et l'administration d'un bien donné ou légué.	374
APPENDICE.	379
POSITIONS.	399

FIN DE LA TABLE.

